



# Histoire des justices en Europe

---

## *1 – Valeurs, représentations, symboles*

DIKÈ - Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

DIKÈ

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politiques (E.A. 789)

Université Toulouse 1 Capitole

## Histoire des justices en Europe

1-Valeurs, représentations, symboles (2014-2015)

Couverture : Portraits des capitouls et « La Justice » (détail)

Ville de Toulouse, Archives municipales, Annales de la ville de Toulouse, BB 273, chronique 181, 1504.



Toulouse, 2016

ISBN 978-2-9555784-0-7

DIKÈ

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

Histoire des justices en Europe

---

## 1-Valeurs, représentations, symboles

---

## Sommaire

Présentation.....	p. 5
Les fondements des justices européennes. Approches épistémologiques et méthodologiques.....	p. 7
Les médiatisations des justices en Europe.....	p. 42
La justice, un fonds communs européen ? .....	p. 78
Varia.....	p. 109
Table des auteurs.....	p. 208
Table des matières.....	p. 209

---

## Présentation

Le projet DIKE consiste en une recherche pluriannuelle et pluridisciplinaire sur les fondements, les contours et les contenus des cultures juridiques européennes, contemporaines et modernes animé par des chercheurs en particulier de l'Université Toulouse 1 Capitole<sup>1</sup> et d'universités étrangères<sup>2</sup>.

Au-delà de sa dimension fondée notamment sur la pluralité des approches scientifiques et méthodologiques (comparatisme juridique et historique, histoire du droit, histoire, droit privé, droit public, philosophie du droit, histoire culturelle du droit, études de « toutes » les justices), ce projet se caractérise également par une très forte ambition de formation, en particulier destinée aux doctorants d'histoire du droit d'universités françaises et étrangères ainsi qu'à tous les doctorants (en droit privé, droit public, science politique, droit européen, international et comparé, littérature, etc.) qu'une approche fondamentale de la justice intéresse. Dikè constitue donc pour l'ensemble de ces jeunes chercheurs, une formation à la recherche et par la recherche à partir d'un questionnement portant sur les droits et cultures juridiques en Europe (Antiquité – Période contemporaine). Il s'adresse également aux professionnels du droit (magistrats, avocats, etc.) dans la perspective d'un échange scientifique entre universitaires et praticiens. Constitué en réseau international, le projet Dikè a aussi vocation à réunir à Toulouse les doctorants et enseignants-chercheurs français et étrangers au cours d'une semaine doctorale. Sur la base d'un programme thématique d'une durée de trois ans, le projet Dikè invite ainsi des enseignants-chercheurs, des doctorants et de jeunes docteurs français et étrangers à présenter leurs propres réflexions, leurs lectures et, éventuellement, à discuter de leurs écrits ou travaux en cours.

En quoi peut consister une recherche pluriannuelle sur les cultures juridiques européennes en général et les justices en Europe en particulier ? Au moment d'inaugurer un tel questionnement, l'interrogation épistémologique et méthodologique s'est imposée comme une nécessité préalable. Pour y répondre, l'histoire de la justice et de la magistrature, l'histoire comparée des droits et le droit comparé positif offrent des points de vue utiles au développement de la réflexion souhaitée par le groupe Dikè. Ces approches permettent de susciter et de nourrir une double réflexion : comment « faire » une histoire de la justice en Europe ? Que peut-on

---

<sup>1</sup> Ludovic Azéma, Lycette Corbion, Béatrice Fourniel, Florent Garnier, Caroline Gau-Cabée, Jean-Christophe Gaven, Hinda Hedhili (Université de Bordeaux) et Mathieu Soula (Université de Reims).

<sup>2</sup> Francesco Aimerito (Université d'Alessandria), Mathieu Devina (Université de Sherbrook), Tomas de Montagut (Université Pompeu Fabra).

attendre d'une étude comparée des justices européennes dans le temps et dans l'espace ?

Un second temps de la démarche a été de s'intéresser aux médiatisations des justices en Europe. Comment les justices se donnent-elles à voir en Europe ? A partir de différents supports de représentation choisis par les intervenants (sceaux de justice, portraits, architecture, statuaire, symboles, costumes, rituels, etc.), la réflexion a cherché à identifier quelques matériaux et contenus des figurations des justices en Europe, du Moyen Age à l'époque contemporaine. Il s'agissait d'éclairer non seulement les usages qui les caractérisent mais aussi les liens entre ces supports et les représentations qu'ils véhiculent.

Un troisième temps du questionnement a intéressé la justice, envisagée comme un éventuel fonds commun européen ? Dans le prolongement de la deuxième journée d'études sur les représentations de la justice, cette rencontre a permis d'interroger l'existence d'une communauté de valeurs à l'échelle européenne. Certes, la modélisation des procès en Europe, instruite notamment par les règles du procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et les principes généraux du droit communautaire, tout comme « l'espace judiciaire européen », en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice, sont devenus des réalités, inachevées et perfectibles, mais des réalités. Mais faut-il y voir le seul fruit d'une volonté politique, au service de la création *ex nihilo* d'une « culture de synthèse » (A. Garapon), expression de *valeurs* communes imposées ? N'y a-t-il pas plutôt, au-delà des histoires et des cultures juridiques nationales, un héritage commun à découvrir, un substrat de *valeurs forgées* par ces histoires ? En privilégiant une approche comparatiste et pluraliste, il s'agit de dépasser l'image de la justice comme produit singulier d'un système politique et juridique, et de mettre en lumière les points de convergence et de divergence d'une justice à l'autre. Le postulat d'une justice nationale stato-centrée – donc singulière – mérite d'être interrogé par la comparaison, sur le thème des emprunts, des transferts, de la circulation des modèles ou des résistances et des rejets.

Pour clore la première année de recherche, on s'est proposé d'interroger les valeurs, représentations, symboles des justices en Europe à partir des récits produits par les acteurs et spectateurs de la justice (magistrats, auxiliaires de justice, justiciables, chroniqueurs judiciaires et publics). Il s'est agi d'exploiter plusieurs formes de récits, matériaux riches et insuffisamment mobilisés. Qu'il nous soit permis de remercier M. Jean-Claude Farcy pour sa conférence inaugurale. Une attention particulière a été aussi portée aux relations entre presse et justice en lien avec la présomption d'innocence. Nous remercions de leur participation Messieurs Pascal Ceaux (Rédacteur en chef adjoint à l'Express), Jean Cohadon (La Dépêche du Midi), Bruno Dalles (Procureur de Melun), Nicolas Domenech (Avocat), Alexandre Martin (Avocat), Roger Marion (ancien chef de la Division nationale antiterroriste, ancien directeur central adjoint de la Police Judiciaire chargé des affaires criminelles, Préfet honoraire) et Marc Segonds (Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'IEJ).

---

Les fondements des justices européennes.  
Approches épistémologiques  
et méthodologiques

---

---

## **L'incoercible gouvernement des juges. Sur l'intérêt d'étudier la magistrature dans la longue durée historique**

**Jacques KRYNEN**

Dans mon dernier ouvrage, *L'Etat de justice, France XIII<sup>e</sup> –XX<sup>e</sup> siècle* (Gallimard, Bibliothèque des Histoires, 2 vol., 2009 et 2012), j'ai tenté de reconstituer l'idéologie professionnelle de la magistrature française, du Moyen Age jusqu'à nos jours.

Le premier tome est intitulé *L'idéologie de la magistrature ancienne*, le second tome, qui débute avec la Révolution et s'achève avec les réformes entreprises sous Nicolas Sarkozy, *L'emprise contemporaine des juges*.

J'ai essayé de retracer sur la longue durée historique ce que les magistrats ont eu pendant des siècles pour ainsi dire en tête, s'agissant de leur métier (de ses difficultés et finalités), mais aussi de l'idée qu'ils ont eue des rapports de la justice et du pouvoir politique.

Ma thèse principale, c'est le caractère originel et inaltérable, au plus profond de l'idéologie de la magistrature, à l'époque médiévale, moderne et même contemporaine, d'une conception du Juge maître absolu de la *jurisdictio*, de la diction du droit. Pour signifier cela, les anciens magistrats proclamaient qu'ils étaient des « prêtres » du droit et de la justice. Les juges aujourd'hui ne disent plus qu'ils sont des sortes de prêtres, mais à la Cour de cassation, au Conseil d'Etat, au Conseil constitutionnel, dans les cours européennes, beaucoup d'entre eux le pensent et surtout, dans leur jurisprudence, se comportent comme leurs lointains prédécesseurs, en libres interprètes des normes juridiques, en créateurs inspirés du droit. Dans le second tome je soutiens même l'idée que la justice de nos jours, judiciaire, administrative, constitutionnelle, européenne, façonne le droit bien plus encore qu'elle ne l'a façonné dans le passé. L'on peut donc bien dire que nous vivons à nouveau dans un *Etat de justice*, système qui avait caractérisé l'Etat médiéval et d'ancien régime. On a beau dire qu'on est dans un *Etat de droit*, ce que l'on nomme de manière incantatoire « l'Etat de droit » ne peut fonctionner que parce qu'en clé de voûte, pour le faire vivre, il y a des juges, non seulement gardiens mais aussi animateurs des valeurs de la République et des promesses de la démocratie.

En somme, ce que j'ai voulu explorer, c'est l'office du juge tel qu'il a été conçu et défendu par la magistrature, depuis la mise en place royale d'une justice professionnelle d'Etat, dans les derniers siècles du Moyen Age, jusqu'à nos jours.

L'office du juge. Ce concept est depuis une cinquantaine d'années d'usage courant dans la doctrine universitaire, sous la plume des privatistes et même des administrativistes. Mais comme il ne fait à ma connaissance l'objet d'aucune définition précise, il est indispensable de se tourner vers le passé. C'est un concept très ancien. Il est romain. Les Institutes de Justinien lui consacrent un titre spécial (*De officio judicis*, 4,



17), le Code de Justinien trois titres entiers (1, 41, 45 et 49), le Digeste deux titres (1, 20 et 21). Ce sont ces titres des codifications romaines que les juristes médiévaux ont commentés dès le XII<sup>e</sup> siècle. Leurs commentaires sont si foisonnants qu'ils se déroberont à tout essai de synthèse. Disons qu'ils visent généralement trois choses. D'abord à légitimer les actes du magistrat dans le déclenchement du procès, dans le déroulement de la procédure, dans sa recherche de la vérité des faits. Ensuite à souligner l'obligation pour lui, dans sa sentence, de faire prévaloir l'équité sur le droit strict. Enfin, troisièmement, à préciser les vertus personnelles nécessaires à l'exercice de la fonction de juger (maîtrise de soi, probité, intégrité, impartialité). Cela fait beaucoup de choses. Nos anciens juristes ont répété durant des siècles que l'office du juge était immense (*Officium judicis latissimum est...*, Ulpien, D. 2, 1, 1). Immense, et infiniment périlleux, car le juge, avec sa connaissance des normes juridiques, et tout autant armé de sa conscience morale et religieuse, doit accoucher d'une sentence conforme à celle que Dieu prononcerait lui-même, en l'espèce, s'il était présent. Les lois, les règles du droit et celles de la procédure, aussi bonnes soient-elles, ne sont pas suffisantes pour que soit atteint le but ultime, le *judicium Dei*, le jugement de Dieu.

Voilà ce qu'à la Révolution on a fait voler en éclat : la doctrine, le dogme séculaire, antique-chrétien, du juge-prêtre.

Les Constituants instaurent un système fondé sur la loi seule. Aucune allusion à la justice ou aux tribunaux dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans ce texte programmatique des temps nouveaux il n'est question que de la loi. La Révolution instaure un système légicentriste. Tout le droit doit désormais résider dans la loi, la loi positive, la loi votée en assemblée, la loi expression de la volonté générale et de la raison humaine. Avec des lois émanant des représentants de la nation, avec des lois simples et claires, égales pour tous, l'office du juge est réduit à néant. Il devient un automate.

-Dans la grande loi judiciaire des 16-24 août 1790, prohibition est faite au juge d'interpréter les lois. En cas d'obscurité de la loi, ou d'absence de loi, il doit en référer au législateur.

-L'acte de juger ne consiste plus que dans l'application à l'espèce des prescriptions de la loi. Juger relève du simple syllogisme. En matière pénale, la loi énumère les infractions et pour chacune d'elle fixe une peine. Le juge se limite à vérifier les faits : si l'infraction a eu lieu, il ne décide pas de la sanction, il dicte ce que la loi a prévu.

-Pour bien s'assurer de l'application mécanique de la loi dans les procès, on oblige le juge à motiver ses décisions. Et pour veiller à la stricte application légale des jugements on crée un Tribunal de cassation.

-Mais ce n'est pas tout. La loi des 16-24 août met tout en œuvre pour déjudiciariser la société : elle proclame que l'arbitrage est la voie la plus raisonnable pour terminer les conflits, elle crée le Tribunal de famille pour vider tous les contentieux de l'amour et de l'argent au sein de la cellule familiale, elle prévoit plusieurs milliers de Juges de paix avec pour grande mission la conciliation, désormais le préalable obligatoire à toute saisine d'un tribunal de district.

- Les Constituants estiment même que la nouvelle société n'aura plus besoin de magistrats professionnels. Les juges sont élus pour 2, 4 ou 6 ans. Juger devient un

service, éphémère, non plus un métier. Un service tout simple puisque le citoyen-juge n'a plus pour tâche que de se faire « bouche de la loi ».

Il faut bien avoir conscience, en définitive, de ce que la séparation des pouvoirs opérée à la Révolution a eu essentiellement pour mobile d'assurer le règne juridique de la loi et de garantir la souveraineté du législateur. Face au pouvoir législatif, désormais, un pouvoir simplement « exécutif » de ses volontés, et un pouvoir « judiciaire » de pure et simple application des lois dans les procès.

Le « pouvoir judiciaire », ainsi nommé, est en réalité totalement stérilisé, dévitalisé. Aux tribunaux est même retiré le contentieux administratif. Plus question de voir les juges s'immiscer dans la marche de l'administration.

La justice fut à la Révolution la grande victime de la séparation des pouvoirs. La loi, rien que la loi, nouvelle souveraine. En 1789-1790, les Constituants ne font pas que supprimer toutes les juridictions royales, et ne se contentent pas de congédier tous les anciens magistrats. Ils décapitent Thémis.

Que reste-t-il aujourd'hui de cette négation révolutionnaire du pouvoir judiciaire ? Rien. La destruction de l'Etat de justice n'a constitué qu'une parenthèse.

Voyons l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC : *Le juge tranche les litiges qui lui sont soumis conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*. Le laconisme de cet article résumant l'office du juge contemporain est remarquable. Surtout, le terme de loi ne figure même pas. Les rédacteurs lui ont préféré le terme générique de *règles de droit*. Au pluriel. Pour l'historien, ce choix terminologique enregistre le fiasco du légicentrisme. Sans le dire expressément, ce bref alinéa intronise le juge français en interprète d'un droit devenu extrêmement composite. Voici le juge non plus en charge d'appliquer « la loi » mais « les règles de droit ». Le voici donc officiellement propulsé dans le melting-pot des normes juridiques : les traités internationaux, le droit communautaire originaire et dérivé, la jurisprudence européenne, les principes généraux du droit, les droits de l'homme, la jurisprudence constitutionnelle, les standards et les notions-cadres à contenu variable, les lois, décrets, arrêtés... La loi n'est plus qu'un élément noyé dans la méga-légalité. Fini le temps du syllogisme judiciaire, du juge-automate, voici venu celui du juge aux prises avec un pluralisme des normes plus grand encore que celui de l'ancien régime, voici le juge remplacé par le NCPC dans la difficile position d'interprète des règles de droit. *Interpres* en latin signifie médiateur. Médiateur est reconnu le juge entre les dispositions du droit, protéiformes, et les cas d'espèce. L'on peut dire de nouveau que l'office du juge est *latissimum*.

Un professeur de droit civil, Jacques Lormant, a écrit que cet article 12 marquait « l'abandon définitif » du légicentrisme. Mais alors, où et quand l'abandon du légicentrisme a-t-il commencé ? Ma réponse à cette question d'histoire est nette. Cet abandon a commencé très tôt, et le plus remarquable est qu'il ait été le fait des magistrats eux-mêmes. Dès l'avènement des codes napoléoniens, en effet, notre magistrature n'a jamais pensé un seul instant que le juge ne devait être que la bouche de la loi, « l'organe impassible de la loi » (Merlin). Le légicentrisme a aussitôt glissé sur elle comme sur les plumes d'un canard. Chez cette magistrature, reprofesionnalisée par Napoléon, aucun culte de la loi. Du Droit, oui, de la Loi, non.

Portalis fut un formidable porte-parole de cette réalité. De son *Discours préliminaire* au projet de Code civil, prononcé le 21 janvier 1801 devant le Conseil d'Etat, de ce très fameux texte on n'a pas assez retenu que tout en faisant l'éloge de la codification, il relativisait sur une dizaine de pages la portée du Code, en délivrant un véritable plaidoyer antilégicentriste. Portalis fustige le courant ultralégaliste à l'œuvre durant les dix années de révolution. On s'est trompé, explique-t-il, en sublimant le magistère de la loi, on se tromperait en pensant qu'un Code peut tout prévoir. Il y a une science pour le législateur, une science pour le magistrat. La science du législateur consiste à trouver les principes les plus favorables au bien commun. Celle du magistrat à mettre ces principes en action, à les ramifier, les étendre par une application sage et raisonnée dans les espèces qui lui sont soumises. Portalis plaide la fonction interprétative et donc médiatrice du juge, s'inscrit totalement en faux de la conception révolutionnaire du juge esclave de la loi. C'est au magistrat, dit-il, pénétré de l'esprit général, d'en « diriger l'application ». Les mots, les notions, les expressions, son style même nous projettent en pleine idéologie judiciaire ancienne. Portalis parle comme d'Aguesseau, comme Domat, lesquels parlaient de l'office du juge comme les jurisconsultes du Moyen Age. Face à la faiblesse et à l'abstraction congénitale de la loi (générale, abstraite, impersonnelle) il incombera toujours, nécessairement, au juge, d'étudier l'esprit de la loi. La loi est un texte muet, il faut un juge pour la faire vivre. Il faut faire confiance à « l'arbitrage » des juges, à leur libre-arbitre (à leur *arbitrium*), fait de science juridique et de conscience morale. La condamnation du légicentrisme est totale. Portalis va même jusqu'à réhabiliter l'équité, bannie à la Révolution : « L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives ». Et ce qu'il plaide, en définitive, c'est la complémentarité de l'action législative et de l'action judiciaire. Tout le droit n'est pas dans la loi. Le politique ne peut rien sans la coopération du juge. Il faut une collaboration des pouvoirs, pas une séparation qui laisserait imaginer que le politique peut tout.

En 2005, dans son discours de rentrée solennelle de la Cour de Cassation, le premier président qualifiait cette pensée « d'étonnamment moderne ». Dans plusieurs discours récents, nos hauts magistrats invoquent « l'admirable Portalis », citent très longuement ou résument fidèlement ce qu'a expliqué « merveilleusement » ce grand jurisconsulte. Tenue de se défendre du reproche d'activisme judiciaire que lui fait régulièrement la doctrine universitaire, ainsi que les politiques parfois, la haute juridiction, tout en affectant, comme toujours, de n'être que la sentinelle de la loi, n'hésite pas depuis une quarantaine d'années à mettre les points sur les i, exactement comme Portalis à l'avènement des Codes. En 1979 déjà, dans une conférence devant la Société de législation comparée, tandis qu'extrêmement rares étaient les professeurs de droit enclins (comme Frédéric Zénati) à souligner la portée législative de la jurisprudence de la Cour de cassation, son Premier président (Pierre Bellet) expliquait que tout acte juridictionnel avait « une fonction généralisante », et qu'« en définitive (...), le juge de cassation est source de droit, il est avec l'assentiment tacite, ou même exprès, du Parlement, paralégislateur. On passe de la séparation des pouvoirs à leur coopération ».

Je montre par ailleurs dans mon livre qu'entre Portalis, porteur d'une idéologie judiciaire antérévolutionnaire, et le discours portalicien actuel de la haute magistrature, il n'y a pas eu de rupture. Tout au contraire. Durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, il y a eu des magistrats-auteurs, des magistrats prenant la plume pour, dans toutes sortes d'ouvrages, traiter des rapports de la loi et de la justice, du politique et de la magistrature, problème séculaire que la Révolution avait fait en sorte qu'il ne se pose plus en décapitant l'office du juge. Des magistrats comme Henrion de Pansey, comme Dupin aîné, qui justifient par l'histoire, la philosophie et le droit romain la création du droit par le juge, qui, alors que la doctrine professorale s'avère très imprégnée de jacobinisme juridique, justifient vigoureusement la fonction normative de la jurisprudence des cours d'appel et la mission quasi-législative de la Cour de cassation. L'idéologie professionnelle de la magistrature française au XIX<sup>e</sup> siècle est celle, à quelques variantes de forme près, des parlementaires d'ancien régime. Nos magistrats se savent alors sur des sièges éjectables, ils éprouvent à chaque changement de régime de brutales épurations, mais ils n'ont pas la culture de soumission qu'ont leur a attribuée un peu rapidement. Les discours de rentrée sont éloquents à cet égard. Les orateurs évoquent avec nostalgie l'indépendance des magistrats d'avant la Révolution, ils n'hésitent pas à invoquer le caractère sacré de la fonction de justice dans les mêmes termes qu'autrefois, ils envisagent la jurisprudence non seulement comme le complément de la loi mais aussi comme l'inspiratrice de la législation. Lors de la rentrée de 1857, l'avocat général à la cour de Bordeaux prend pour thème « La mission politique de la magistrature ». En 1888, le substitut du procureur général de la cour d'Aix prend pour thème « Le pouvoir législatif de la Cour de cassation »... Indiscutablement, le discours judiciaire au XIX<sup>e</sup> siècle s'accroche toujours à l'Etat de justice, à l'idée que c'est la justice « qui donne la vie à la puissance législative et qui la met en action » (Henrion de Pansey), à l'idée que la magistrature exerce une « autorité tutélaire », qu'elle est « l'ancre » et « la boussole de l'Etat » (métaphores qu'utilisaient les parlementaires dans leurs remontrances).

De nos jours ? Les juges depuis 1958 bénéficient, réforme après réforme, e toujours plus d'indépendance, et depuis 1968 ils se syndiquent. Plus rien ni personne n'est à l'abri de leurs poursuites et de leurs condamnations. Ni les maires, ni les députés, ni les sénateurs, ni les ministres, ni le chef de l'Etat. Et puis il y a cette « judiciarisation » de la vie sociale, autre cause profonde de la « montée en puissance » (il vaudrait mieux dire « montée en responsabilités) du pouvoir judiciaire. Ce phénomène a fait l'objet d'une très abondante littérature, au premier rang de laquelle il faut placer les ouvrages d'Antoine Garapon et de Denis Salas. Pour ma part, tout en reconnaissant que ledit phénomène a pris des formes spectaculaires, j'en relativise le caractère soudain. Car cette montée en puissance du troisième pouvoir a commencé au sortir de la Révolution, révolution qui n'a en rien éradiqué une idéologie judiciaire ayant pour noyau dur la conviction que la magistrature exerçait la prêtrise du droit.

Et d'autant plus que l'œuvre codificatrice napoléonienne, majestueuse promotion de la loi au sommet de l'ordre juridico-politique, n'a guère empêché la rapide renaissance, dans les faits, d'une très vaste fonction thémistique. Dans le champ de la justice civile et pénale, sous l'action unificatrice de la Cour de cassation, les juges ont sans aucune retenue interprété le droit légiféré, au gré de leur vision de l'ordre

politique et social ils ont rempli les vides de la législation, suppléé ses incertitudes, arrêté après arrêt ils ont recommencé à façonner toutes les branches du droit privé. Le rêve robespierriste d'élimination de la jurisprudence n'a pas connu de commencement d'application. Quant à l'interdiction faite en 1790 au « pouvoir judiciaire » de s'introduire dans les matières administratives, soit dans les œuvres du pouvoir exécutif, elle n'a pas empêché l'apparition et l'immédiat essor, au sein du Conseil d'Etat créé en l'an VIII, d'une justice d'un nouveau type, dite « administrative ». Celle-ci n'a pas attendu sa reconnaissance officielle en 1872 pour se montrer dans son domaine grande pourvoyeuse de normes. On lui doit la création toute prétorienne de cette forte branche du droit public contemporain, le « droit administratif », lequel régit les rapports de la puissance publique avec les citoyens. Fixer des limites à l'action administrative, préciser et défendre les libertés « publiques », cette tâche ôtée aux tribunaux sous la Constituante a donc suscité un nouveau juge, à peine tournée la page de la Révolution. Bien plus tard, sous la V<sup>e</sup> République, a surgi une justice constitutionnelle. Ce fut le coup de grâce. Depuis 1971, quelques « sages » font parler la Constitution. Les membres du Conseil constitutionnel imposent au gouvernement et au Parlement leur conception de la lettre et de l'esprit de ce texte, désormais la norme souveraine. Ils peuvent même depuis 2008 invalider pour inconstitutionnalité les lois après promulgation, pour autant que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en transmettent la demande d'un plaideur.

Une Cour de cassation, un Conseil d'Etat, un Conseil constitutionnel. Ce sont trois cours suprêmes qui se répartissent la charge de faire vivre l'ordre juridique interne, de dire le droit, à tous, aux citoyens tout comme aux dirigeants. L'ancien Etat de justice était incarné en son sommet par treize parlements. A qui profite la comparaison ? Certes, ces hautes juridictions exerçaient les différents registres de justice, civile, pénale, commerciale, administrative, constitutionnelle. Mais elles qui se proclamaient « souveraines » ne dominaient qu'une circonscription, jugeaient en concurrence fréquente avec d'autres cours, et régulièrement se voyaient contester le dernier ressort par le Conseil du roi. Le nouvel Etat de justice, lui, est infiniment mieux vertébré. Le pouvoir juridictionnel s'exerce aujourd'hui selon une stricte tripartition organique et matérielle. Là où régnaient la pluralité, la provincialisation et l'enchevêtrement des décisions avant 1789 règne désormais la spécialisation et l'unité de la jurisprudence. Nos trois cours suprêmes n'ont pas les vastes compétences des parlements de la royauté, mais chacune, dans son domaine, judiciaire, administratif, constitutionnel, agit en authentique souveraine.

Considérer l'Etat de justice actuel plus prégnant que l'ancien se justifie à d'autres points de vue. Nos juges bénéficient d'une autonomie fonctionnelle et d'une indépendance statutaire somme toute plus grandes que celle de leurs prédécesseurs. La séparation révolutionnaire des pouvoirs a tourné au bénéfice de la magistrature. Il n'y a plus de justice « retenue » du chef de l'Etat, plus de chambres ni de commissions de justice, plus d'évocations des procès, plus de cassations autrement que par les hautes juridictions, c'est toute la fonction juridictionnelle qui est déléguée aux hommes de l'art. Le pouvoir politique ne peut plus s'immiscer dans la marche de la justice sans violation de l'ordre constitutionnel, et son cheval de Troie, constitué jusqu'ici par le ministère public, est en passe d'être évacué des rangs de la magistrature, sous la pression de l'opinion et de la Cour européenne des droits de l'homme. Si toute espèce de vénalité des offices a disparu, les juges judiciaires, inamovibles, jouissent d'une sorte

de propriété du poste qu'ils occupent. Leurs garanties de carrière et les questions disciplinaires sont dévolues à un organe non politique, le Conseil supérieur de la magistrature, dont les réformes successives attestent le renforcement des rôles et de l'autorité. De leur côté, les conseillers d'Etat jouissent d'une inamovibilité traditionnelle, les autres juges de l'ordre administratif disposent depuis quelques années d'une instance protectrice. Quant aux juges constitutionnels, ils œuvrent en toute immunité.

Les causes de cette renaissance d'un Etat de justice ? Encore une fois, on ne saurait sous-estimer la « judiciarisation » ou « juridicisation » des comportements, le déclin de la loi, le brouillage des valeurs et l'affaiblissement des autorités traditionnelles. Il est bien certain que la continuelle demande sociale de droit et de sécurité juridique a forcé les dirigeants à augmenter, quoi qu'il leur en ait coûté, loi après loi, révision constitutionnelle après révision constitutionnelle, les missions et les pouvoirs de la justice, et ce faisant à la libérer, sans l'avouer officiellement ou même l'apercevoir, des mailles étroites dans lesquelles nos révolutionnaires voulurent l'enfermer. Mais il reste que cette renaissance ne s'est pas produite sans que les juges eux-mêmes n'y poussent fortement. Pendant que la magistrature judiciaire n'en démordait pas, estimant exercer une fonction « tutélaire », un « pouvoir législatif immanent », le Conseil d'Etat fabriquait le droit administratif. Et de quelle manière ! La Section du contentieux n'a pas manqué pas de praticiens-auteurs pour présenter dans des traités le formidable essor de sa jurisprudence, l'explicitier et la défendre à coups de notions et de principes clairs. Ce ne sont pas des professeurs mais les membres de cette institution, les Macarel, Cormenin, Vivien, Aucoc, Laferrière qui ont élaboré la doctrine du droit administratif, la « science de l'administration ». Toute l'œuvre jurisprudentielle et doctrinale du Conseil d'Etat, ce qui lentement fit taire les critiques politiques, a consisté à produire un droit des plus restrictifs de l'arbitraire toujours latent de la puissance publique, sans préjudice pour elle. L'élargissement du recours pour excès de pouvoir, l'extension du régime de responsabilité de l'Administration en font foi, c'est une conception juridico-politique d'inspiration libérale qui a dirigé, sans pratiquement discontinuer, le travail des conseillers. *Mutatis mutandis*, cette conception, qui sapait toute vision de l'Etat où les instances politiques seraient productrices des normes juridiques, renvoie à celle des grands robins de la monarchie, ardents à vérifier la légalité des actes du Conseil du roi, des ministres, des administrateurs. Ce que d'ailleurs vers 1900 la première théorie universitaire de l'Etat de droit est venu justifier, c'est le droit produit par cette haute juridiction.

Comme l'histoire de l'emprise juridique exercée par la Cour de cassation, celle du Conseil d'Etat se plie mal aux divisions temporelles. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, celui-ci n'a guère changé de ligne de conduite, en constant équilibre entre efficacité de l'Etat et défense des administrés. Les évolutions se sont faites en appui de cette ligne. L'atteste tout particulièrement son invention des « principes généraux du droit », principes qu'il oppose depuis 1945 à l'Administration, même en l'absence de texte. Le Conseil d'Etat a ainsi renoué avec les pratiques oraculaires de l'ancienne magistrature. Car ces principes, posés dans la motivation de arrêts comme directeurs, supérieurs, infranchissables, il les tire tout au plus de la convergence de règles d'origine très diverse, et au besoin les découvre dans le ciel des valeurs essentielles dont nos sociétés selon lui se réclament. A son tour, à partir de 1948, la Cour de cassation s'est mise à brandir des « principes généraux », non écrits, que lui inspirent des textes épars ou sa vision de la conscience

collective. On en dénombre des dizaines aujourd'hui. C'est dire que nos grands juges ne confondent plus du tout le droit avec la loi, qu'ils font ostensiblement primer leur science juridique sur les volontés du législateur. Enfin, comment ne pas constater que nos prêtres contemporains de la justice s'apparentent aux anciens après avoir vu combien, chez eux, l'équité reste à l'œuvre ? Cette exigence du cœur et de la raison, cette discrète et juste pesée, qui seule rend le jugement humainement acceptable, n'a jamais déserté la balance des juges, elle a fait même ces derniers temps un remarqué retour en force.

Il ne faut certes pas forcer le trait. Les juges ne sont plus des nobles, ni des notables, ni de grands propriétaires, les juridictions ne ressemblent plus à des assemblées de familles, sur le magistrat pèsent de rigoureuses incompatibilités. La liste serait longue des différences sociologiques et statutaires entre le fonctionnaire d'aujourd'hui et l'officier de la justice royale. Mais il n'empêche. D'abord, il reste, comme de bien naturel, l'esprit de corps. S'il a beau n'être plus constitué par les réseaux de parenté et d'alliances, un même apprentissage, juridique, une même préparation professionnelle, par une école nationale, des symboles et des rites évocateurs d'une liturgie séculaire, une langue, des habitudes et des méthodes de travail entretiennent au sein de la magistrature une communauté d'intérêts et d'idées. Ensuite, depuis 1968, nos juges ont adopté un esprit de combat qui fait incontestablement songer à celui développé par leurs prédécesseurs entre 1750 et 1789. Les parlementaires en lutte contre le gouvernement de Louis XV et de Louis XVI avaient adopté « l'union des classes » (soit la coalition de tous les parlements lorsque le roi s'en prenait à un seul). Voici que nos juges se syndiquent. La moindre incartade, la moindre critique du pouvoir déclenche les foudres des syndicats, ce dont les grands médias rendent largement compte. Voici que les magistrats protestent aux marches des palais de justice, défilent jusque sous les fenêtres du ministère de la justice, et même, ce qui est illégal, font la grève. Nous avons beaucoup insisté sur le bras de fer qui s'est récemment instauré entre la magistrature et le pouvoir. La tension aujourd'hui à son comble nous paraît égaler en intensité celle qui caractérisa les dernières années de l'Ancien Régime. Il est vrai qu'à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat on ne prend pas l'opinion et la rue à témoin. Toutefois on s'agite. A lire ne serait-ce que les Rapports annuels de ces cours suprêmes on voit qu'à bien des égards ce sont de véritables remontrances. Contre les remontrances des parlements et pour tenter de réduire les hauts magistrats au silence, les rois disposaient de moyens, inimaginables de nos jours : la suspension des salaires, les lits de justice, les lettres de cachet. Jusqu'où la révolte de nos juges ira-t-elle ? Car au plus profond, ce que le pouvoir ne tolère plus, c'est l'Etat de justice qui sous le manteau de l'Etat de droit a ressurgi en France. C'est la perte de souveraineté de la loi, ce sont ces tribunaux qui fixent en dernière instance le sens du droit, ces cours suprêmes qui invalident les décisions des élus. La République après la Royauté bute contre l'inexorable emprise des juges. Que faire ?

Peut-être, commencer par ne plus se voiler la face. Il nous semble que les huit siècles d'histoire parcourus dans notre livre plaident en faveur d'une dissolution du spectre du « gouvernement des juges ». Parce que cette histoire montre que ce n'est pas un spectre. Excepté un temps très court, celui de la Révolution, du Consulat et de l'Empire, les juges ont sans cesse gouverné, tenu le gouvernail du droit, forts d'un savoir et d'une conscience professionnelles non réductibles aux décisions du pouvoir

politique, fluctuantes, elles, par nature. Ils ont gouverné, en surplomb des politiques, saisis qu'ils étaient, quotidiennement, par la foule mécontente, inquiète, récalcitrante des citoyens-plaideurs. La politique moderne n'a pas été « émasculée par les robins ». C'est l'inextinguible soif de justice qui les a vite replacés tout au sommet de la Cité. Dans nos régimes, le Pouvoir ne se rend pas tolérable seul, il ne peut se maintenir sans la médiation des juges de tout acabit. Aucune philosophie, aucun dogme politique n'empêchera jamais chez nous que ne s'exerce l'emprise de la justice sur la marche des droits, des libertés, des valeurs.

Avis aux jeunes historiens ou philosophes du droit, aux jeunes publicistes ou politistes ! La souveraineté, le contrat social, la représentation, la citoyenneté, la construction européenne..., toutes ces questions ne peuvent plus continuer à être pensées abstraction faite de la puissance des juges sur les conduites humaines. En oubliant Thémis. En ignorant qu'il y avait des juges avant qu'il y eut des lois, que la Loi n'absorbera jamais le Droit, que le Droit sera toujours ce que prononce le Juge.



---

## La force de la jurisprudence et le pouvoir des juges en Europe au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle : les apports de la comparaison dans le temps

Jean-Louis HALPÉRIN

C'est encore un lieu commun en droit comparé de considérer que « la place attribuée, aux décisions judiciaires, parmi les sources du droit, oppose les droits de la famille romano-germanique à la common law »<sup>1</sup>. Si nous avons fini aujourd'hui, une ou deux générations après l'œuvre du doyen Carbonnier encore prudente sur l'autorité de la jurisprudence, par admettre que les juridictions françaises, particulièrement la Cour de cassation et le Conseil d'État<sup>2</sup>, créaient du droit, beaucoup de juristes restent persuadés de l'ancienneté des contrastes entre un « droit des législateurs » (dans l'Europe continentale) et un « droit des juges » dans les pays de *common law*<sup>3</sup>. La recherche historique de ces dernières années, menée aussi bien sur les pays du continent européen que dans les pays de *common law* notamment autour de la question de la motivation des décisions de justice<sup>4</sup>, amène pourtant à réviser complètement ce schéma trop simpliste. Dans le cadre de la question plus générale du pouvoir des juges<sup>5</sup>, un pouvoir souvent caché face à un législateur revendiquant le monopole de la création du droit, celle de la formation, de la diffusion et de l'autorité de ce que nous appelons en France la « jurisprudence » appelle une méthode comparative qui distingue, au cours de l'histoire moderne et contemporaine, différentes configurations plutôt que des évolutions linéaires et des contrastes toujours plus accusés entre les divers ordres juridiques en Europe. C'est pour la France et l'Angleterre que le tableau est aujourd'hui le moins obscur et il faut donc partir du

17

---

<sup>1</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 11<sup>e</sup> éd., 2002, p. 106. Cette opinion est toutefois nuancée dans les pages suivantes à propos de la place de la jurisprudence en France et en Allemagne. Toutefois la « jurisprudence » continue à être considérée par les auteurs comme la principale source du droit anglais (p. 271).

<sup>2</sup> L'évaluation du poids de la jurisprudence du Conseil d'État se situe à fronts renversés. Les administrativistes pensent depuis longtemps qu'il s'agit d'un « droit jurisprudentiel », comparable au *common law*, à tel point qu'ils peuvent sous-évaluer les progrès récents de la législation (voire de la codification) en droit administratif aux dépens de la jurisprudence.

<sup>3</sup> R. C. van CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors : Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1992.

<sup>4</sup> W. HAMILTON BRYSON, S. DAUCHY (eds.), *Ratio decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions*, Berlin, 2 vol., 2006 et 2010.

<sup>5</sup> La référence essentielle pour la France est, bien sûr, l'ouvrage de J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2 vol., 2009 et 2012.

changement de perspective qui a affecté la comparaison historique entre la « jurisprudence » française et le *case law* anglais. Pour les autres pays du continent européen, il reste beaucoup de zones grises, notamment pour les pays plus petits ou plus excentrés qui ont été longtemps négligés par l'historiographie européenne du droit. Même pour l'Allemagne, il y a encore un certain déficit de recherches et l'on constate, comme sur d'autres terrains, que l'attention a été portée plutôt aux écrits doctrinaux sur les rapports entre le juge et la loi<sup>6</sup> qu'aux pratiques judiciaires et à leur impact sur les transformations du droit. Nous ne pourrions, dans un second temps, que poser quelques questions et esquisser des pistes de recherche pour ces terrains qui restent encore largement inexplorés.

## **I. France et Angleterre : deux parcours pour parvenir à la standardisation d'une jurisprudence largement diffusée**

Nous pouvons aujourd'hui mieux apercevoir des points de similitude en France et en Angleterre dans l'évolution qui a conduit de la prise en compte des précédents ou des « arrêts » à la constitution d'un *case law* systématisé ou d'une « jurisprudence » diffusée de manière méthodique et douée d'une très forte autorité. Concernant la France, le passage terminologique entre le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle de l'expression « jurisprudence des arrêts »<sup>7</sup> à celle de « jurisprudence » (pour désigner l'autorité des décisions des Cours, l'acception de jurisprudence au sens romain de science du droit tombant parallèlement en désuétude) est indubitablement lié aux transformations des recueils d'arrêts et plus généralement des modes de diffusion des décisions de justice. Diffusés aux Temps modernes grâce à l'invention de l'imprimerie et destinés à pallier la « non-motivation » de la plupart (mais non de toutes) des décisions de justice sous l'Ancien Régime<sup>8</sup>, ces recueils d'arrêts ont longtemps souffert de graves défauts et d'une forme de discrédit. Il n'y avait guère de continuité (sinon pour répéter ou augmenter des erreurs sur les dates, les noms de personnes rendant la recherche des décisions elles-mêmes très aléatoire dans les archives) entre des volumes publiés par des juges ou des avocats au cours de leur vie, puis réédités avec plus ou moins de compléments quelques décennies plus tard. Il n'y avait pas beaucoup de méthode dans la sélection des arrêts, ni dans la recherche conjecturale à travers les plaidoiries des raisons qui avaient pu pousser les juges à décider ainsi ou dans l'établissement d'un classement alphabétique des questions de droit traitées : l'arrestographie était une « science fort douteuse », selon l'expression du célèbre article de Christian Chêne<sup>9</sup>. Or ce paysage éditorial change, dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle (l'influence à la fois des Lumières et de la crise de la magistrature n'y est certainement pas indifférente), alors même que le cadre institutionnel reste celui de la « non-

<sup>6</sup> Pour l'Allemagne, l'ouvrage classique de R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1986.

<sup>7</sup> J. HILAIRE, J. TURLAN, M. VILLEY « Les mots et la vie. La « pratique » depuis la fin du Moyen Âge », *Droit privé et institutions régionales. Études historiques offertes à Jean Yver*, Paris, 1976, p. 369-387.

<sup>8</sup> S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *RHD* 2004, 82(2), p. 223-239.

<sup>9</sup> Ch. CHÊNE, « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil des travaux et mémoires publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 1985, p. 179-187.

motivation » de la plupart des décisions des Cours souveraines. L'invention et le développement des « dictionnaires de jurisprudence », précédés par les dictionnaires juridiques comme celui de Ferrière, témoigne d'une réflexion plus approfondie sur la question de l'interprétation de la loi et sur la sélection des arrêts ou « décisions nouvelles » susceptibles d'intéresser les praticiens<sup>10</sup>. S'il y a encore beaucoup d'erreurs et de flottements dans ces dictionnaires, dont le but essentiel n'est pas la diffusion de la jurisprudence, il y a un début de changement méthodologique, correspondant très probablement à une conscience plus nette du rôle créateur de la jurisprudence des Parlements, notamment sur certaines questions où les coutumes et même la législation royale n'évoluent pas ou évoluent peu. De 1775 à 1789, la *Gazette des tribunaux* est le premier périodique à paraître régulièrement en présentant, sous une forme abrégée, un certain nombre de décisions récentes des Cours souveraines. Avec cette volonté d'une meilleure publicité, attachée à la même époque à la littérature sur les « causes célèbres », il faut noter le choix de s'appuyer sur les conclusions du ministère public (sur le modèle des réquisitoires de Daguesseau dont la publication est contemporaine) pour tenter de synthétiser la *ratio decidendi* (pour employer l'expression des juristes de *common law*) des arrêts<sup>11</sup>.

C'est bien sûr la Révolution française qui va précipiter cette évolution, amorcée dans les dernières années de l'Ancien Régime, en imposant la motivation des décisions de justice par la loi des 16-24 août 1790, en créant le Tribunal de cassation par la loi des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 et en suscitant la fondation de journaux et recueils, certes éphémères mais significatifs du poids croissant de ce qu'on appelle désormais la « jurisprudence ». J'ai essayé de montrer, dans ma thèse, que le Tribunal de cassation avait très tôt donné de orientations à sa jurisprudence, que ce soit en matière pénale (sur les questions posées aux jurés, sur la définition des infractions dans le Code pénal avec l'ouverture à cassation pour fausse application de la loi) ou en matière civile (avec le choix des règles de droit applicables et des décisions concernant les lois rétroactives de l'an II qui ont été prises sans attendre les réponses des assemblées à des référés législatifs)<sup>12</sup>. Aucun de ces acquis n'a été remis en question au moment du Consulat lors de la « transition » qui va conduire à la transformation en 1804 du Tribunal de cassation en Cour de cassation et bien sûr à la codification napoléonienne. Le référé législatif est abandonné en 1800, le *Journal du Palais* est créé en 1801, le *Recueil de Sirey* en 1802 (avec dès la fin de l'Empire la publication d'un certain nombre de décisions du Conseil d'État) et le fameux *Discours préliminaire* rédigé par Portalis en 1801 comporte un très long passage pour justifier l'utilité et même l'autorité des

<sup>10</sup> S. DAUCHY, V. DEMARS-SION (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, 2005.

<sup>11</sup> J.-L. HALPÉRIN, « Legal Interpretation in France under the reign of Louis XVI : a review of the *Gazette des tribunaux* », in Yasutomo Morigiwa, Michael Stolleis, Jean-Louis Halpérin (eds.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of Law*, Dordrecht, 2011, p. 21-43.

<sup>12</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, thèse dactylo. Paris II, 1985 (c'est surtout dans le second volume, non publié, que ces orientations jurisprudentielles sont étudiées).

précédents judiciaires, encore amalgamés au travail des jurisconsultes dans la célèbre phrase : « l'on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »<sup>13</sup>.

L'achèvement de la codification aurait pu remettre en question cette montée en puissance de la jurisprudence de la Cour de cassation, en butte aussi aux revendications à la « souveraineté » des Cours d'appel (des conflits qui donnent lieu à une résurrection du référé au chef de l'État par les lois de 1807 et 1828). Ce fut l'œuvre des arrêtistes, Sirey, Denevers (dont le *Journal des Audiences* est créé en 1809) et les frères Dalloz (débutant leurs publications en 1814-1816), qui assura la continuité (dans des volumes régulièrement publiés avec la présentation, progressivement perfectionnée, de « chapeaux », d'index et de commentaires) de la diffusion des arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel. Après la loi de 1837, donnant le dernier mot à la Cour de cassation en cas de conflit avec des Cours d'appel et que Marcadé analysa (presque seul en son temps) comme une sorte de délégation du Parlement à la Cour de cassation pour interpréter les lois civiles et pénales, la publication à partir de 1845 du *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* (en 44 volumes jusqu'en 1870) des frères Dalloz marque la consécration définitive d'un pouvoir créateur de normes au profit des juges.

Dans le prospectus du premier numéro de la *Gazette des Tribunaux* en 1825 se trouve de manière significative la phrase suivante : « On sait que la collection des arrêts de la Cour suprême et des cours royales *qui font jurisprudence* est un complément nécessaire de nos codes »<sup>14</sup>. La spécificité du droit français dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle n'est pas une codification du droit qui réduirait à néant le pouvoir des juges, mais l'association complémentaire d'une codification du droit privé avec une jurisprudence systématisée, connue par des publications standardisées (les grands recueils suivent les mêmes orientations<sup>15</sup>) et douée d'une indéniable autorité. Même si les professeurs de droit civil restent pour certains d'entre eux réticents à l'égard de la multitude des arrêts (qu'ils citent néanmoins, mais dont on ne peut pas dire qu'ils jouent un rôle déterminant dans la sélection), le style de la Cour de cassation qui prend modèle sur celui de la loi (y compris dans son laconisme imité des formules « épigrammatiques » du Code Napoléon qui étaient louées par Max Weber) impose l'idée que nous formulons aujourd'hui dans la vocabulaire de la théorie du droit en disant que certaines (un grand nombre pour les arrêts de la Cour de cassation) des normes « individuelles » que l'on trouve dans les arrêts se transforment en normes « générales » qui ont la portée d'interprétations authentiques de la loi. Les grandes inflexions jurisprudentielles apportées au droit civil français au tournant du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, par exemple sur la responsabilité du fait des choses, l'enrichissement sans cause, l'obligation de sécurité ou l'abus de droit, ne sont pas séparables de cet enracinement de la jurisprudence dans le champ juridique français qui commence dès la Révolution française. C'est par une erreur de perspective que les professeurs de droit ont longtemps nié cette puissance créatrice de la jurisprudence ou affirmé qu'elle

---

<sup>13</sup> Fr. EWALD, *Naissance du Code civil*, Paris, 1989, p. 47 pour cet extrait du *Discours préliminaire*.

<sup>14</sup> *Gazette des Tribunaux*, n° 1, 1<sup>er</sup> novembre 1825, p. 1-2.

<sup>15</sup> P.-N. BARÉNOT, *Entre théorie et pratique : recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, thèse droit Bordeaux, 2014.

était un phénomène récent, dépendant aussi de la doctrine dans la sélection des arrêts (ce qui est discutable et doit tenir compte aujourd'hui d'un accès généralisé à la jurisprudence par les bases de données informatiques).

Des mythologies comparables ont longtemps entouré l'histoire de la « règle du précédent » et du *case law* en Angleterre. La présence de la collection des *Year Books*, depuis le XIII<sup>e</sup> siècle, comme les propos de Blackstone sur une prétendue coutume que les juges se contenteraient de « déclarer » ont pu faire croire que le droit anglais avait toujours été « jurisprudentiel » et que les juges anglais suivaient des précédents bien connus à travers des *law reports*. Il est aujourd'hui bien établi que les juges de *common law* ne se sont pas sentis liés par des précédents pendant des siècles<sup>16</sup> et que la connaissance du *case law* a été très imparfaite jusqu'à la fin des Temps modernes. Non seulement les *Year Books* contenaient des « cas d'école » au caractère fictif à côté de véritables décisions judiciaires<sup>17</sup>, mais celles-ci étaient rapportées de manière très fragmentaire souvent sous la forme de dialogues et non d'opinions structurées de la part des juges (celles-ci n'apparaissent qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle). Même les *reports* de Coke sont sujets à caution, le *Chief Justice* ayant parfois fait prévaloir dans son récit sa propre opinion sur la véritable décision de la Cour.

La littérature des *law reports* aux Temps modernes en Angleterre avait des défauts comparables à ceux des recueils d'arrêts dans la France d'Ancien Régime. Les *law reports* étaient des œuvres privées présentant des procès auxquels leur auteur avait assisté ou dont il avait eu connaissance. Sur le modèle des *Commentaries or Reports* d'Edmund Plowden (publiés d'abord en *Law French* en 1571, puis en anglais), il s'agissait d'une sélection d'un petit nombre de décisions pour lesquelles étaient rapportées les plaidoiries des avocats et les opinions orales des juges. Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, les *law reports* de Hobart, Coke, Holt, Vaughan, Raymond, et Burrow fixèrent un peu mieux la méthode du *law reporting*. Burrow faisait partie à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle des quatre *reporters* officiellement nommés par le roi et chargés de suivre les audiences des Cours de Westminster. Son œuvre, en cinq volumes, présentait une sélection de décisions du *King's Bench* sous la présidence de Lord Mansfield de 1756 à 1772. Il s'efforça notamment de mettre en valeur la proposition de droit, ou *ratio decidendi*, qui était centrale dans chaque décision<sup>18</sup>. Mais ces recueils comportaient d'énormes lacunes (chacun ne concernait en général qu'une juridiction) et, à l'époque de Mansfield et de Blackstone, la règle du *stare decisis* ne pouvait avoir une valeur contraignante, en l'absence d'une information sure pour les juges eux-mêmes sur les précédents<sup>19</sup>.

À l'époque où les grandes collections de recueils d'arrêts de la Cour de cassation (sans compter son *Bulletin officiel* depuis 1798) donnaient déjà une très bonne vision de la jurisprudence française, les avocats du temps de Bentham et d'Austin (qui se plaignaient de cette situation) devaient s'orienter à travers des centaines de volumes

---

<sup>16</sup> N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, p. 32.

<sup>17</sup> J. BAKER, *The Law's Two Bodies. Some evidential Problems in English Legal History*, Oxford, 2001.

<sup>18</sup> M. BRYAN, « Early English Law Reporting », *University of Melbourne Collections* 4, 2009, p. 48.

<sup>19</sup> J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, p. 78.

épars des *private law reports* qui délivraient une information parcellaire et incertaine (devenue plus rapidement disponible par le recours à un procédé de sténographie connu sous le nom de *Pitman's shorthand system* depuis 1837)<sup>20</sup>. Il faut attendre la création en 1865 de l'*Incorporated Council of Law Reporting* pour que soit mise en place une organisation entre avocats et juges pour assurer une publication régulière (avec un volume chaque année) des décisions des Cours de Westminster et de la Chancellerie. Quelques années plus tard, la réforme des *Judicature Acts* de 1873-1875 combinant dans la *Supreme Court* et la *High Court* les anciennes juridictions de *common law* et d'*equity* dota les juristes britanniques d'outils véritablement performants pour connaître les décisions des cours supérieures. Il est très révélateur que les *Law Reports* soient restés, jusqu'à nos jours, une entreprise privée qui a pris la forme d'une société (en 1870) puis d'une *charity* à but non lucratif en 1970.

C'est dans ce contexte que le comité judiciaire de la Chambre des Lords (limité aux quelques *law lords* depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle) décida en 1898 de se lier par ses propres précédents, conférant ainsi à la règle du *stare decisis* un caractère rigide qu'elle conserva seulement jusqu'à une décision en sens inverse en 1966<sup>21</sup>. Il y a eu, ainsi, un mouvement plutôt tardif de « standardisation » et de « systématisation » du *case law* qui peut être comparé non seulement aux recueils de jurisprudence en France, mais aussi à l'entreprise même de codification. Cela ne signifie pas, bien sûr, qu'il n'existait pas de différence majeure entre la structuration du droit anglais et celle du droit français à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Au Royaume-Uni, la codification échoua de nouveau à cette époque dans le domaine du droit pénal (sauf pour les colonies de l'Inde avec l'*Indian Penal Code* de 1860-1862) et il n'en fut jamais question en matière civile. Pour autant, le nombre et l'ampleur des *statutes* augmentèrent sensiblement et certains parlaient expressément de codifier (« *to codify* ») des parties spécialisées du droit, comme le fit le *Bill of Exchange Act* de 1882. Il y avait bien une volonté politique pour rationaliser des règles éparses, transformer certains acquis du *case law* en lois (ce fut le cas du *Sale of Goods Act* de 1893 préparé par le juge Chalmers) et confronter les précédents avec les *statutes* (à propos des contrats, les auteurs anglais de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle citent à la fois la législation, les définitions de l'*Indian Contract Act* de 1872 et les décisions restées célèbres jusqu'à nos jours sur la *consideration* ou la *frustration*, comme *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* en 1892 et les *coronation cases* en 1903-1904). Rappelons aussi que les juges britanniques n'ont jamais cessé d'affirmer leur soumission à la souveraineté parlementaire et qu'il n'était pas question d'établir (comme aux États-Unis) un contrôle de constitutionnalité (*judicial review*) remettant en cause les lois votées par le Parlement. Il n'y a donc pas d'un côté un droit jurisprudentiel affranchi de toute sujétion à l'égard de la loi parlementaire et de l'autre côté de la Manche une domination exclusive de la codification qui ne laisserait aucune marge de manœuvre à des juges (il est vrai beaucoup plus dépendants du pouvoir Exécutif qu'en Angleterre) pour créer du droit. En France, comme en Angleterre, les règles de droit émanent, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, à la fois des législateurs et des juges, avec un souci (aussi bien des praticiens que des professeurs de droit) de mettre plus de certitude (on dirait aujourd'hui de « sécurité juridique ») dans les précédents, ce à quoi les recueils de

<sup>20</sup> M. LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford, 1991, p. 122 et p. 242-243.

<sup>21</sup> N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. fr. J. Gagey, Paris, 1996, p. 135.

jurisprudence ont apporté une contribution décisive. Il reste bien sûr des divergences notables, notamment dans les styles judiciaires utilisés dans les deux pays : d'une part, les arrêts laconiques de la Cour de cassation (et ceux du Conseil d'État en matière administrative), restreints aux questions de droit et appuyés sur des visas renvoyant le plus souvent à la codification et, d'autre part, les opinions des juges britanniques, mêlant le fait et le droit sans paraître être contraints par un maillage législatif très étroit. Plutôt qu'une opposition frontale dans le domaine de l'autorité des arrêts entre le *common law* et le droit continental, il faut même se demander si pendant un temps (entre les années 1860 et la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, époque où furent achevés plusieurs des codes civils en Europe), les droits français et anglais n'ont pas été pionniers par rapport à ceux des autres pays européens.

## **II. Une systématisation plus tardive dans les pays d'Europe continentale et la diversité des configurations dans les rapports entre les juges et les pouvoirs**

Pour débiter la moindre comparaison sur les pouvoirs des juges de créer des normes de droit en Europe au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle, il faut impérativement tenir compte des configurations politiques très diverses qu'ont connues ces pays (et qu'un même pays a parfois traversées au cours de ces deux siècles). Il n'y a pas de royaume d'Italie avant 1861, ni d'Empire allemand avant 1871, ce qui signifie l'absence de juridiction suprême comparable à notre Cour de cassation. Dans le *Reich*, le *Reichsgericht* est mis en place seulement en 1879 à Leipzig (où il succède au *Reichsoberhandelsgericht*, une juridiction commerciale de la Confédération de l'Allemagne du Nord qui a fonctionné de 1869 à 1879), seulement à cette date peut commencer à se développer une jurisprudence applicable à toute l'Allemagne (sur la base d'un recours en révision qui présente certaines analogies avec le recours en cassation<sup>22</sup>) et il faut attendre la mise en vigueur du Code civil allemand (BGB) au 1<sup>er</sup> janvier 1900 pour que cette juridiction ne rende plus des décisions relatives aux droits civils des *Länder* (jusqu'en 1900 il y a eu une jurisprudence allemande sur le droit civil français applicable en Rhénanie, ainsi que sur les droits prussien ou saxon, la Bavière bénéficiant de plus d'un régime dérogatoire échappant au contrôle du *Reichsgericht*). En Italie, l'Unité a laissé subsister, pour ne pas froisser les capitales des principaux États préunitaires, cinq Cours de cassation (à Turin, Florence, Rome, Naples et Parme) jusqu'en 1923 (c'est Mussolini qui réalisa l'unité, jusque-là garantie par un mécanisme pour éviter les contrariétés de jurisprudence, notamment en matière pénale). En Espagne, le *Tribunale Supremo* se voit doté en 1855 de pouvoirs comparables à la Cour de cassation française, mais la codification civile aboutit seulement en 1889 avec un large espace concédé à la diversité des *fueros*. En Russie, ce sont les réformes judiciaires de 1864 qui dotent le Sénat d'un « département de cassation », dont l'indépendance est limitée mais dont les arrêts sont publiés dans un recueil officiel. En Suisse, un Tribunal Fédéral permanent n'existe qu'à partir de la constitution de 1875 et la codification intervient plus tard avec le Code des obligations (1881), le Code civil (ZGB) en 1907-1911 et le Code pénal seulement en 1937. La Belgique fait plutôt figure d'exception, en ayant conservé après 1830 le modèle français de la codification et

---

<sup>22</sup> F. FERRAND, *Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, 1993.

d'une Cour de cassation qui est d'autant plus puissante qu'elle a le pouvoir de juger les ministres. Dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, il faut tenir compte de l'emprise des régimes autoritaires dans plusieurs pays européens, comme en sens inverse de l'essor du contrôle de constitutionnalité après la Seconde Guerre mondiale.

Tous ces facteurs multiplient les différences entre des parcours nationaux que l'on est loin de bien connaître et qui mériteraient des comparaisons plus approfondies. Sur l'essor de la jurisprudence, nous nous limitons ici à quelques indications à partir de la bibliographie existante et à quelques interrogations alimentées par les réflexions théoriques de la doctrine relativement à cette question du pouvoir créatif de normes reconnu aux juges. Les recueils de jurisprudence à caractère national sont apparus dans les pays d'Europe continentale plus tardivement qu'en France ou en Angleterre. En Allemagne, le premier recueil qui s'est efforcé de réunir une sélection d'arrêts de plusieurs États est l'*Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten* fondé en 1847 par Johann Adam Seuffert, un juriste bavarois, qui avait été privé de ses fonctions de professeur à Wurzburg du fait de ses idées libérales en 1832 et reversé dans la magistrature. Sa collection, qui a duré jusqu'en 1944 avec 98 volumes, participa indéniablement à la diffusion de la jurisprudence des tribunaux supérieurs dans toute l'Allemagne et donc au mouvement d'unification achevé dans les années 1870. Elle paraît néanmoins très imparfaite aux lecteurs français avec ses résumés très courts des motifs (*Gründen*) des décisions et il faut attendre le bulletin officiel du *Reichsgericht* à partir de 1879 pour avoir une connaissance plus sûre des décisions de l'instance suprême en matière civile et pénale (il y a deux séries de ces Décisions, comme pour le *Bulletin officiel* de la Cour de cassation en France). Les revues juridiques n'ont commencé à publier régulièrement des décisions qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, avec le journal de l'Association nationale des avocats, la *Juristische Wochenschrift* à partir de 1872 (la *Neue Juristische Wochenschrift*, NJW, qui a pris sa suite en 1947 reste aujourd'hui en Allemagne le principal recueil de jurisprudence) et la *Deutsche Juristen-Zeitung*, un journal quotidien créé (entre autres par Laband) en 1896 à l'occasion de l'adoption du BGB.

En Italie, les revues consacrées aux décisions de justice apparaissent d'abord en Toscane (un territoire dépourvu de codification civile), avec les *Annali di giurisprudenza* en 1839 très semblables à un recueil français dans sa présentation, puis après plusieurs essais relativement éphémères (mêlant doctrine et jurisprudence comme les *Annali di giurisprudenza* publiés à Turin de 1838 à 1845 qui ressemblent plutôt aux revues Wolowski et Foelix) en Piémont en 1848 (à la faveur de l'avènement d'un régime constitutionnel) avec la *Giurisprudenza degli Stati sardi* devenue en 1859 de manière significative *Giurisprudenza italiana*. Avec l'Unité, apparaissent les grandes collections de jurisprudence à vocation nationale : l'*Archivio giuridico* à partir de 1868 et *Il foro italiano* à partir de 1876 dont le format (comme le style des juridictions italiennes) est assez proche du modèle français<sup>23</sup>. L'Espagne, qui présente la particularité d'avoir eu longtemps une jurisprudence de cassation sans code civil<sup>24</sup>, a connu une *Revista*

---

<sup>23</sup> G. ALPA, *La Cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 443.

<sup>24</sup> C. PETIT, « Il « codice » inesistente. Per una storia concettuale della cultura giuridica nella Spagna del XIX secolo », in Rafaella Gherardi, Gustavo Gozzi (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Bologna, 1995, p. 179-224.



*general de legislación y jurisprudencia* fondée en 1853 par des avocats (avec une « section de jurisprudence » qui témoigne aussi de la prise en compte de ce complément essentiel des jugements) qui s'est associée par la suite à la publication des décisions (de cassation et de compétence) du *Tribunale Supremo* dans la *Jurisprudencia civil* à partir de 1857 (après une première série en 1838). Un répertoire de jurisprudence civile (*Repertorio de la jurisprudencia civil española*) paraît aussi en Espagne à partir de 1838, en se référant explicitement au modèle de Dalloz<sup>25</sup>. En Belgique, la *Pasicrasie belge* remonte au Royaume des Pays-Bas en 1814, mais a pris son essor avec l'indépendance de la Belgique pour devenir le recueil de référence sur la jurisprudence de la Cour de cassation, avec la participation de magistrats de cette Cour, comme l'avocat-général (puis procureur général), Charles Faider. En 1842 fut fondée à Bruxelles *La Belgique judiciaire* avec le souci de mettre en avant la spécificité belge, tout en citant des décisions des cours étrangères<sup>26</sup>. L'histoire de ces revues et de la jurisprudence belge est celle d'une difficile et longue émancipation par rapport à l'influence française<sup>27</sup>, alors même que la Cour de cassation belge développait une jurisprudence très originale, notamment sur les conflits de compétence entre les autorités administratives et judiciaires avant la création du Conseil d'État en 1936 (c'est l'exemple de l'arrêt *Flandria* qui a introduit la responsabilité des personnes publiques dans le droit belge en 1920 en relevant expressément les différences entre conception française et conception belge de la séparation des pouvoirs)<sup>28</sup>.

Il faudrait beaucoup plus d'études, notamment sur les Pays-Bas, les pays scandinaves, l'Autriche, le Portugal, la Grèce ou la Russie, pour pouvoir comparer l'essor parallèle des revues de jurisprudence (plus ou moins influencées par les exemples français) et du pouvoir des juges pour créer des normes générales en Europe. Ce type d'études sur le XIX<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle permettrait notamment de faire le lien (ou de relever les différences) avec l'essor de la jurisprudence constitutionnelle en Europe après 1945.

Ce qui ne fait guère de doute c'est que, dans tous les pays d'Europe, les juges en apparence soumis à un strict respect de la loi ont pu acquérir de nouveaux pouvoirs au cours du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, à la faveur des mouvements de constitutionnalisation (les premières décisions de juges européens écartant des lois contraires à la constitution apparaissent en Norvège en 1854, en Grèce en 1897 et en Roumanie en 1912) et de codification du droit. Loin d'enserrer le juge dans un carcan, la codification a suscité, en France et dans les autres pays de l'Europe continentale, la formation de jurisprudences innovantes par des juges qui parlaient comme la loi et en réalité créaient des normes générales « sous le masque de la loi ». Ce faisant, les pays dits de droit civil ont connu des évolutions qui rapprochaient l'autorité de la jurisprudence de celle du *case law* en Angleterre.

<sup>25</sup> J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España 1808-1889*, Universidad de Cantabria, 1992, p. 198.

<sup>26</sup> D. HEIRBAUT, M. E. STORME, « The Belgian Legal Tradition : From a long Quest for legal Independence to a Longing for Dependence ? », *European Review of Private Law* 2006, 5/6, p. 657.

<sup>27</sup> S. BOUABDALLAH, *La réception du modèle français en droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

<sup>28</sup> Fr. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre les pouvoirs*, Bruxelles, 2010.

La doctrine, en France et dans plusieurs pays européens (par exemple, en Allemagne, où les professeurs se sont crus longtemps les maîtres du développement du droit plutôt que les juges), a sous-estimé ce phénomène tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et même pendant une partie du XX<sup>e</sup> siècle (en France, François Gény reste encore très prudent sur le pouvoir de la jurisprudence de créer des normes). Deux auteurs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle ont eu pourtant, bien avant le tournant herméneutique ou linguistique, une compréhension aiguë de cette transformation des décisions judiciaires de normes individuelles en normes générales donnant une signification nouvelle aux lois.

Le premier est Oskar Bülow avec sa brochure *Gesetz und Richteramt* (1885)<sup>29</sup>. Au moment où s'élaborait très lentement le futur BGB, Bülow prononça ce discours lors de sa nomination comme professeur à Leipzig, peut-être avec un sentiment de méfiance à l'égard des parlementaires (qui pourraient voter un code trop réformateur) et l'espoir que les juges allemands sauraient contenir d'éventuelles audaces du codificateur. Quoiqu'il en soit des intentions de Bülow, il s'élève contre la théorie du syllogisme judiciaire en considérant que la « parole » de la loi est « muette » (un « fait purement verbal ») et que la force de la chose jugée est plus puissante que la loi. C'est le juge qui a le dernier mot et qui, à travers son interprétation de la loi, ouvre la voie à la contrainte de l'État. Cela ne signifie pas que les normes juridiques résultent uniquement des jugements. Le législateur dispose d'une grande liberté d'initiative pour poser des « directives » que le juge interprète comme il l'entend (sans avoir à tenir compte d'une prétendue intention du législateur qui relève de la fiction), mais en agissant à la demande des parties (de manière réactive et non pro-active dirions-nous aujourd'hui) et sans certitude que sa décision (ce que Kelsen appellera une norme individuelle) ait une portée extérieure aux parties en litige. Sans s'interroger sur la transformation des décisions judiciaires en normes jurisprudentielles générales (un processus qui commençait seulement en Allemagne avec la création du *Reichsgericht* en 1879), Bülow indiquait la voie pour considérer les lois et les jugements comme les deux processus primaires de création du droit. Presque un demi-siècle plus tard, le civiliste néerlandais Paul Scholten, dans l'introduction de son traité de droit civil (*Helt Agemeen Deel* 1931), allait beaucoup plus loin que Gény en affirmant nettement que tout système juridique était formé de lois et de jugements, ces derniers pouvant créer des normes générales à travers la jurisprudence<sup>30</sup>. De telles analyses nous paraissent bien refléter cette évolution importante des rapports entre la loi et les juges qui s'est produite au cours du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle. Les juges ont toujours eu une grande marge de manœuvre, ou d'arbitraire, face aux textes législatifs, particulièrement à une époque où ceux-ci étaient relativement peu nombreux et n'étaient pas soutenus par un pouvoir (aidé par d'autres juges effectuant un contrôle des décisions) désireux de les faire bien respecter (faut-il rappeler qu'il n'y avait plus d'empereur romain pour faire

<sup>29</sup> O. von BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1885 ; une traduction italienne de ce texte par Paolo Pasqualucci est parue dans les *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2001, XXX, p. 199 et s.

<sup>30</sup> Nous renvoyons au *Digital Paul Scholten Project* disponible sur internet ([www.paulschoolten.eu](http://www.paulschoolten.eu)) avec le texte et la traduction française de cette introduction au droit civil ainsi que notre contribution, « From a legal order to a legal system. Paul Scholten's contribution to a theory of legal change ».

appliquer les compilations de Justinien « à la lettre » ?). Suite à la montée du légalisme au XVIII<sup>e</sup> siècle (qui s'est traduite dans plusieurs pays par des textes législatifs interdisant aux juges d'interpréter les lois et les obligeant à en référer à des autorités supérieures), le renforcement du cadre législatif, pouvant aller jusqu'à la codification, n'a pas signifié une réduction du pouvoir des juges, comme l'avaient imaginé certains codificateurs (mais non Portalis, très lucide sur cette complémentarité entre codification et jurisprudence). Bien, au contraire, par les techniques du contrôle de légalité (recours en cassation ou équivalents) et de la publication des arrêts motivés, les cours souveraines sont parvenues à développer, diffuser et finalement imposer une jurisprudence qui parlait comme la loi et faisait parler les textes de lois. C'est un domaine où l'histoire comparée des systèmes judiciaires peut encore progresser, en relativisant les différences entre droit civil et *common law* et plus généralement en ne s'enfermant pas dans de prétendues « cultures juridiques nationales » qui masquent des phénomènes autrement plus variés (il faut penser aussi aux jurisprudences commerciale, administrative, constitutionnelle...) et encore méconnus pour plusieurs pays européens.

---

## Culture juridique et globalisation : question de perspective

Horatia MUIR WATT

En quoi la globalisation<sup>1</sup> affecte-t-elle le droit, et plus particulièrement la tradition<sup>2</sup> juridique occidentale telle qu'elle a émergé en Europe après la paix de Westphalie<sup>3</sup>? Une première piste de recherche pourrait porter sur l'existence d'une culture<sup>4</sup> spécifique qui accompagnerait la diffusion à l'échelle planétaire de nouvelles façons de penser et pratiquer le droit<sup>5</sup>. Elle s'entendrait ici par opposition à une idéologie (qu'elle soit néo-libérale, ou au contraire utopiste) dont les mutations contemporaines seraient à la fois le fruit et le support. La question a trait plutôt à

---

<sup>1</sup> Une définition dépasserait le cadre de cette présentation. Pour une tentative en ce qui concerne le droit, v. B. Frydmann, « Comment penser le droit global? » Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/01, <http://www.philodroit.be>, prônant une approche pragmatique qui commence par l'examen des phénomènes normatifs atypiques se produisant au-delà de l'Etat. Comp. aussi nos obs. in "Globalisation et droit international privé", *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, LGDJ 2015, p. 591.

<sup>2</sup> Sur la différence entre tradition (qui n'est autre qu'une « culture dans le temps ») et culture, v. L. Asser-Andrieu "Brève théorie culturelle du droit", in H. Dedek et Sh. Van Praagh (eds), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline*, Ashgate Publishing 2015, p. 83; P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 10.

<sup>3</sup> Celle-ci, certainement européenne, peut-elle être qualifiée davantage? Serait-elle judéo-chrétienne? Romano-germanique? Méfions-nous des mythes (P.G. Monateri Black Gaius, "A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'", 51 *Hastings L.J.* 479 1999-2000).

<sup>4</sup> La définition canonique de la culture est attribuée à Edward Burnett Tylor, *Primitive Culture : Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art and Custom*, vol 1, Londres, Murray, 1871. Sur l'histoire de la culture, Ph Béneton, *Histoires de mots: culture et civilisation*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1975 ; D. Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 4e éd, Paris, La Découverte, 2010. Pour Louis Asser-Andrieu, "la notion de culture possède à mon sens quatre propriétés majeures : elle revendique une série de valeurs collectives déclinées en ordre hiérarchique et constitutives d'une idéologie ; elle valorise la transmission de ces valeurs ; elle sert de repère à l'identification d'un groupe social, qui partage les mêmes représentations, pour ses membres et envers les autres ; enfin elle se dote des moyens de demeurer relativement inaccessible à la transformation par acte conscient de volonté" (op. cit., p. 89).

<sup>5</sup> Sur la notion, contestée et fuyante, de culture juridique, v. D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures* (1997). Par culture juridique (la conscience commune des peuples de Savigny) on entend généralement les pratiques et schémas de pensée propres au milieu des acteurs juridiques, ou qui sont perçues comme tels dans des représentations populaires du droit. Il faut dire que la sociologie elle-même doute de l'utilité du concept de culture dans ce contexte; appliqué au droit, le terme "culture" désignerait alors plutôt l'irrationnel, l'inconscient ou les valeurs. De fait, des notions de substitution foisonnent, perçues comme présentant une force explicative supérieure dans le domaine juridique: mentalité, conscience juridique, droit-en-action, formants, épistème ou tradition (V. D. Nelken, *op cit.*).

l'existence d'un "paradigme juridique global"<sup>6</sup>, recouvrant une "mentalité"<sup>7</sup>, une esthétique<sup>8</sup>, des compréhensions partagées et des modes d'exercices communs du droit qui seraient en rupture avec celles de la modernité. Même ainsi précisée, la question reste d'autant plus problématique qu'à l'échelle globale (entendue comme reliée à une vocation, aspiration ou stratégie visant à dépasser le cadre purement national ou local), le droit (à distinguer de la somme des divers corps de règles spécialisées d'origine et à portée internationale) est réduit pour l'instant à des "intimations"<sup>9</sup>, étant concurrencé par ailleurs par la bio-politique ou d'autres modes de gouvernementalité. Ceux-ci privilégient la régulation, la quantification et la probabilité statistique<sup>10</sup> aux schémas d'intelligibilité faits de cas individuels et de causalité propres au droit dans sa forme traditionnelle<sup>11</sup>. Par ailleurs, l'a-culturalité n'est-elle pas au fond la caractéristique la plus notable de l'espace lisse<sup>12</sup> qui émerge du brouillage des frontières et de la circulation accélérée des idées ? Il lui manque le temps lent que suppose la tradition<sup>13</sup> et la spatialité que représente le ressort territorial de la coutume.

Il semble en revanche indiscutable qu'à tout le moins, la globalisation secoue les perceptions de la culture juridique européenne moderne qui la précèdent et la préparent néanmoins. Observée par la sociologie de la modernité tardive<sup>14</sup>, la dislocation actuelle de la société politique interne du fait de la spécialisation croissante des systèmes sociaux (économie, science, culture, communication)<sup>15</sup> était déjà inscrite au sein même la modernité. Crépusculaire au moment même où elle tend à constituer une forme d'orthodoxie globale<sup>16</sup>, celle-ci voit se redéfinir les communautés<sup>17</sup> selon des lignes multi-culturelles qui ne sont plus nécessairement celles du territoire national ; l'affect, éphémère, se substituer au sentiment d'identité politique; multiplier les revendications normatives hétérogènes; une société civile transfrontière et virtuelle

<sup>6</sup> R. Michaels, « Globalisation and Law : Law Beyond the State », in R. Banakar & M. Travers (dir.), *Law and Social Theory*, Hart Publishing, 2e éd. (2013), p. 287 s.

<sup>7</sup> P. Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (1999).

<sup>8</sup> Pierre Schlag, "The Aesthetics of American Law", 115 *Harv. L. Rev.* 1047 2001-2002

<sup>9</sup> Neil Walker, *Intimations of Global Law*, *Global Law Series*, Cambridge University Press, 2015.

<sup>10</sup> K. Davis, A. Fischer, B. Kingsbury, S. Engle Merry (dir), *Governance by indicators : Global Power through Quantifications and Rankings*, Oxford University Press, 2012; B. Frydman et A. van Waeyenberge, *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings* (Bruylant, 2014).

<sup>11</sup> G. Samuel, 'Taking Methods Seriously (Part One)' 2 *Journal of Comparative Law* 94 (2007).

<sup>12</sup> G. Deleuze, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », in *Pourparlers*, 1972-1990. Paris, Minuit : 240-247; aussi P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto: genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici* Laterza & Figli, Roma-Bari, 2013.

<sup>13</sup> V. L. Asser-Andrieu, *op cit.*

<sup>14</sup> V. Zygmunt Bauman, *L'identité*, éd. de l'Herne, coll. Carnets, 2010; A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Polity Press:Blackwell, Cambridge, 1991; U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, Champs, Préface de Bruno Latour, 2008. B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, éd. La Découverte, 1981).

<sup>15</sup> G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization*, OUP 2011.

<sup>16</sup> Sur cette orthodoxie, v. P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto: genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici* Laterza & Figli, Roma-Bari, 2013.

<sup>17</sup> Celles-ci sont religieuses, ethniques ou constituées de groupes s'agrégeant autour de valeurs ou d'intérêts aussi divers que l'écologie ou encore la finance...les "tribus urbains des places boursières": M. Maffesoli, *Le Temps des Tribus. Le déclin de l'individualisme dans les sociétés de masse* (ed. Poche 2000).

s'investir des nouveaux pouvoirs qu'elle tient de la révolution digitale. Pareillement, la souveraineté externe de l'Etat-nation est en question, du fait de la concurrence de ces autres groupements, la reconfiguration des ressorts et les nouvelles formes d'expression de la politique. En s'en prenant aux structures de la modernité, la globalisation génère nécessairement des remous profonds dans la culture (occidentale) qui leur est liée<sup>18</sup>.

Il est symptomatique au demeurant que dans le champ du droit, l'invocation de la culture, devenue par ailleurs une préoccupation majeure dans les sciences sociales sous la forme, essentiellement, de l'identité culturelle<sup>19</sup>, semble correspondre à l'apparition de lignes de faille au sein de la pensée juridique et politique moderne. A cet égard, le sociologue du droit Roger Cotterrell observe que "toutes les récentes invocations du concept de culture indiquent ou laissent simplement entendre des problèmes aux frontières de la pensée juridique établie relatifs soit à la nature du droit soit aux valeurs que le droit est censé exprimer ou refléter."<sup>20</sup> En distinguant notamment de la religion, le droit incarnait, ainsi, emblématiquement, les traits de la modernité, sous la forme de la raison, de l'ordre et de la prévisibilité. Ce sont ces mêmes traits qui aujourd'hui sont profondément remis en cause, à l'intérieur du droit comme dans l'environnement de celui-ci. Cependant, en même temps, appréhender de telles transformations avec les instruments mis à disposition par la discipline juridique est difficile, car le droit tel que nous le connaissons ne peut se penser<sup>21</sup> « global » : il lui faudrait larguer les amarres du territoire, aspirer à la réflexivité, assumer le polycentrisme, valoriser l'instabilité. Le comparatisme enseigne précisément que la perspective épistémologique du droit moderne est interne<sup>22</sup>, saisissant exclusivement ce qui peut l'être à travers ses propres outils ou catégories, forgés au sein même du paradigme à l'égard duquel il s'agirait précisément de prendre de la distance.

Autrement dit, comprendre ce que la globalisation fait au droit et à la culture juridique occidental exige un changement de perspective, tant sont liés au sein de cette dernière les méthodes et les objets du droit<sup>23</sup>. Seule une perspective externe<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Ainsi, cette culture est exposée à la déconstruction post-moderne en ce qu'elle repose une série de distinctions (sacré/profane; âme/corps; signifiant/signifié....) prétendument rationnelles et supposément exclusives.

<sup>19</sup> V. parmi une littérature interdisciplinaire considérable, J. Friedman, *Cultural Identity and Global Process*, Sage Publications 1994. E. Balibar, *Identité culturelle, identité nationale*, Quaderni, n° 22, Hiver 1994. *Exclusion-Intégration : la communication interculturelle*. pp. 53-65.; H. Greven-Burde, J. Tournon, *Les identités en débat : intégration ou multiculturalisme*, éd. Harmattan 2000.

<sup>20</sup> "The relationship between law and culture has long been a concern of legal anthropology and sociology of law. But it is recognized today as a central issue in many different kinds of juristic inquiries... All these recent invocations of the concept of culture indicate or simply imply problems at the boundaries of established legal thought about either the nature of law or the values that law is thought to express or reflect. The consequence is that legal theory must now systematically take account of the notion of culture" (Roger Cotterrell, *Law, Culture and Society*, p. 97).

<sup>21</sup> Le droit (se) pense-t-il ? V. pour une réponse, v. G. Teubner "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", 23 *Law & Soc'y Rev.* 727, 1989.

<sup>22</sup> P. Westerman, « Open or Autonomous ? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law », in M. van Hoeke, *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p. 87.

<sup>23</sup> Sur les liens entre perspective (esthétique) et droit moderne, v. Jens Barteleson, *Sovereignty as Symbolic Form. Critical Issues in Global Politics*, Routledge, 2014.

permettra de contourner la contrainte épistémologique de la perception que retient le droit de lui-même. A cet égard, dans le cadre de ce colloque, nous sommes précisément invités à se tourner pour ce faire vers le passé. Ne pouvant prétendre le faire à travers le prisme de l'histoire du droit, je propose d'interroger plutôt le regard du comparatiste sur la généalogie de la tradition juridico-politique occidentale, et celui de l'internationaliste sur le pedigree de l'ordre juridique moderne. Les secousses provoquées par la globalisation atteignent en effet les conceptions fondatrices dont le droit moderne s'est doté, parmi lesquelles, une aspiration à la rationalité et une compréhension résolument moniste des sources du droit. Il y a là en quelque sorte les deux traits essentiels que se prête la culture juridique moderne. Or, braquer sur cette représentation une perspective externe suscite des interrogations que ne peut s'autoriser la discipline juridique moderne telle qu'elle s'est elle-même forgée. Le récit classique de l'émergence de la modernité comme rationalité s'avère en effet plus fragile qu'il ne le paraît (I) et le monisme de l'ordre juridique à l'égard de ses propres sources moins assuré (II).

## I. Le rationalisme juridique au prisme d'une généalogie critique

Il revient au comparatiste italien P-G Monateri d'avoir proposé, récemment, dans le cadre d'un ambitieux projet relatif à la géopolitique du droit<sup>25</sup> dans la globalisation, un récit alternatif pour rendre compte de l'émergence du droit moderne<sup>26</sup>. Les développements qui suivent ne prétendent pas faire autre chose que rendre compte, au regard de l'objet de cette présentation et des objectifs du projet, des points les plus significatifs de son œuvre, insuffisamment connue pour l'instant en France<sup>27</sup>. Observant que le rationalisme européen et sa forme étatique en sont arrivés dans l'ère post-Westphalienne à instaurer une "orthodoxie globale" - celle que l'on prête à l'état de droit ou *rule of law* -, cet auteur entreprend de démontrer la place de l'hétérodoxie à l'œuvre dans la naissance même de la modernité, alors même que celle-ci projette de ses propres origines une représentation tout autre et largement mythique. Ce faisant, l'auteur offre un récit de l'émergence des structures politiques et juridiques de la modernité qui se démarque très nettement, en l'inversant, de la théorie de la théologie politique de Carl Schmitt (A). S'autorisant du tournant esthétique contemporain dans la pensée politique<sup>28</sup>, Monateri propose au soutien de cette vision alternative de la culture orthodoxe une autre clé, à partir de l'œuvre d'Edmund Burke. Elle introduit dans la compréhension de la modernité politique et juridique une dimension sublime ou ineffable (B).

<sup>24</sup> Il faut donc se tourner soit vers les disciplines juridiques à vocation non nationale, soit vers les disciplines non juridiques qui prennent le droit pour objet, afin d'y chercher un éclairage différent

<sup>25</sup> V. son ouvrage *Geopolitica del diritto* précité. Mais également, "Political Sublime. Heterodoxy and Jurisdiction at the Origin of Modernity", conférence présentée à Harvard Law School, juin 2015.

<sup>26</sup> Selon l'auteur, son projet consiste à "re-penser l'origine de la modernité et sa généalogie dans les aspects sublimes du politique".

<sup>27</sup> La publication de l'ouvrage *Geopolitica del diritto* en français est à venir, Fondation Varenne, 2015.

<sup>28</sup> N. Kompridis, *The aesthetic turn in political thought*, 2014.

## A. Le politique et l'hétérodoxe

Dans *Nomos de la terre*<sup>29</sup>, Carl Schmitt présente l'Etat souverain comme l'aboutissement suprême du rationalisme européen. D'après son récit influent, le droit et le politique<sup>30</sup> sont une forme de théologie sécularisée. Or, comme l'observe Monateri, cette vision de l'origine de la modernité politique suppose celle-ci hantée par un "paradis perdu" d'ontologie théologique qui survivrait sous la surface de la modernité<sup>31</sup>. En tant que telle, elle est porteuse d'une nostalgie pour le monde pré-politique. Par ailleurs, elle associe directement l'Etat moderne au rationalisme. Monateri s'attache à démontrer que ces deux points sont parfaitement contestables. Loin d'être une chute de la théologie vers la sécularisation, la naissance du politique serait une fracture majeure dans l'histoire de l'Occident. Par ailleurs, l'opposition entre rationalisme et irrationalisme n'est pas là où le place Schmitt. Les circonstances de la naissance de la modernité politique orthodoxe suggèrent en tout cas un lien avec l'hétérodoxie que le récit théologique de Schmitt ne révèle pas. Si l'origine de la culture politico-juridique moderne occidentale était non pas théologique mais démonologique ?

Pour comprendre le sens de cette question apparemment surprenante, Monateri invite à remonter à la définition première de la souveraineté donnée par Jean Bodin<sup>32</sup>. On y voit l'émergence d'une conception purement politique de la souveraineté et sa concentration dans une autorité unique et suprême. Sont ainsi démantelées toutes les théories médiévales du pouvoir, mettant fin à son caractère diffus et pluri-centrique. Plus de seigneurs, de locataires, de rois, d'évêques, d'empereurs ou de papes partageant le pouvoir de commandement à des niveaux différents mais un seul lieu de souveraineté, lieu de décision ultime. Celle-ci consiste, dans la société interne, à décider de la haute trahison; au plan externe, à décider la guerre et la paix. Remarquablement, selon l'analyse de Monateri, tous les éléments de la théorie schmittienne de la souveraineté sont ainsi déjà contenus dans la définition de Bodin. Le souverain est celui qui a le pouvoir de décider l'exception; le politique naît de la différenciation de l'ami et de l'ennemi. Les mêmes éléments sont présents dans les écrits (contemporains) de Jacques 1<sup>er</sup> d'Angleterre, qui, par référence à Bodin, déplace

---

<sup>29</sup> Schmitt, C., & Ulmen, G. L. (2003). *The nomos of the earth in the international law of the Jus Publicum Europaeum*. New York: Telos Press.

<sup>30</sup> "Le politique" traduit le terme allemand "Das Politisch", pour désigner le concept du politique, par opposition à la politique.

<sup>31</sup> "Political Sublime" préc. Selon ce récit, il était une fois des concepts théologiques qui forgeaient notre compréhension du monde et du droit. Ces concepts se sont progressivement dissous pour devenir purement politiques et juridiques de sorte que nos ordres politiques modernes ne sont que des morceaux cassés d'une théologie déchue, hantée par sa propre mémoire. Selon Monateri, ce récit constitue lui-même une forme d'auto-promotion de notre tradition politique, une représentation théologique fondée sur la nostalgie pour le monde pré-politique.

<sup>32</sup> Bodin, J. (1593). *Les six livres de la République*. Lyon, Barthelemy Vincent. La souveraineté, pouvoir de commandement ultime, absolu et perpétuel, est investie dans celui qui a le plein de contrôle de l'Etat: la *maiestas* latine, les *akra exousia*, *kurion arch*, et *kurion politeuma* des Grecs, la *segnoria* des Italiens, le *tomech Shévet* hébreu. Le souverain ne reconnaît aucune autorité hormis celle de Dieu qui soit plus grande que lui-même.



pareillement le pouvoir ecclésiastique vers ce qui allait devenir le “body politic” dans le Léviathan de Hobbes<sup>33</sup>.

Or, Jean Bodin et Jacques 1<sup>er</sup> partagent une même préoccupation, qui est de lutter contre l’influence des démons<sup>34</sup>. Leur réflexion respective sur la souveraineté politique accompagne, pour chacun, la rédaction de traités sur la “démonologie” (Jacques 1<sup>er</sup>) ou la “démonomanie” (Bodin). La théorie de Bodin est inspirée de sa propre pratique de juge du fond ayant à connaître de faits de sorcellerie. Son souci est de protéger la société de la maladie (la mélancolie) qui atteint ceux qui sont touchés par la magie noire : le traitement de la question relève en quelque sorte de la biopolitique puis qu’il s’agit d’arracher à la société l’élément malade qui risque de contaminer le corps social tout entier<sup>35</sup>. Pour ce faire, il conclut à l’importance d’établir des tribunaux civils spécialisés; sur ce point, sa conclusion plaira particulièrement à Jacques 1<sup>er</sup> d’Angleterre. Car celui-ci est engagé de son côté dans une lutte pour le pouvoir juridictionnel sur l’exercice de la magie, opposant le pouvoir royal à celui des tribunaux ecclésiastiques. Pour ce faire, il a entrepris de théoriser ses mystiques prérogatives royales comme issus de sa capacité de protéger ses sujets contre les pouvoirs du diable. La modernité, observe Monateri, émergea ainsi comme hyperbole<sup>36</sup> du prince mortel élevé comme instantiation du divin au sein du champ politique ; ses pouvoirs mystiques assuraient sa compétence sur les sorciers au détriment de l’Eglise. Faut-il alors s’étonner de la métamorphose, en l’espace d’un demi-siècle, du Léviathan<sup>37</sup>, diable en chef, qui en est venu à symboliser l’Etat souverain, protecteur contre le chaos de l’état de nature<sup>38</sup>, et qui tenait sa puissance de son pouvoir sur les démons<sup>39</sup>?

---

<sup>33</sup> Sur lequel, v. E. Kantorowicz, (1957). *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

<sup>34</sup> Bodin, J. (1580). *De la démonomanie des sorciers*, Paris : I. Du Puys; James I, *Daemonology*, (1597) (1966). Par démons, il faut entendre (selon le contenu du traité de Démonomanie de Bodin) les praticiens de la nécromancie, de la sorcellerie et de la magie noire, et toutes sortes d’esprits et de spectres qui apparaissent et troublent les humains.

<sup>35</sup> La conclusion de Bodin est donc exactement parallèle à celle de Jacques 1<sup>er</sup>, à savoir la compétence des juridictions civiles :

"...It is necessary to establish special magistrates for that purpose, at least one or two in each province. But I do not mean, however, that authority be removed from regular judges to exercise jurisdiction, either from bias or rivalry, but rather that they will lend mutual assistance....In earlier times ecclesiastical judges had this authority to the exclusion of lay judges. There is extant a decree of Parliament issued in the proceedings against the bishop of Paris in 1282. But later, authority was granted to civil magistrates while excluding churchmen, by decree of the same Parlement in 1390".

<sup>36</sup> Nommée ici par Monateri, l'hyperbole vise à produire un effet d'exagération et d'ironie (car seul le contexte et l'intentionnalité du locuteur permettent d'en comprendre la portée).

<sup>37</sup> Le Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile, 1651.

<sup>38</sup> Dans l'œuvre de Bodin, le Léviathan est le symbole du Pharaon, pris comme tyran politique. Par la suite, très rapidement, le Léviathan se mue en Etat souverain. Comme le relève Monateri, il est mystérieux que le symbole de Satan puisse se transmuier ainsi en emblème de l'Etat sauveur de la vie des citoyens autrement livrés à l'état de nature (V. également Schmitt sur le Léviathan: *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, Paris, Seuil, 2002).

<sup>39</sup> Comme le montre la recherche effectuée par Monateri sur la législation en matière de sorcellerie, la loi introduite par Henri VIII sur la Sorcellerie de 1542 (33 Hen. VIII c. 8) qualifiait celle-ci, au seuil même de la modernité, de crime politique. La législation anglaise sous Jacques 1<sup>er</sup> reflète également le statut ontologique de la magie. Sa pratique était précisément considérée comme un crime de haute trahison

Il est en tout cas remarquable qu'au moment même où l'œuvre de Bodin posait les principes de ce qui deviendrait l'orthodoxie politique du monde occidental, il a été condamné pour hétérodoxie par l'Eglise en raison des implications de sa doctrine en termes de sécularisation de la lutte contre le démon, ainsi que de son pro-sémitisme<sup>40</sup>. Il est également frappant de constater la réaffirmation par l'autorité politique qu'était Jacques 1<sup>er</sup> d'Angleterre de la réalité de magie à l'encontre les penseurs rationnels comme l'Allemand Johan Weyer. Il y a au demeurant une forme suprême d'ironie à constater que le concept du politique dans l'œuvre de Schmitt <sup>41</sup> qui associe rationalisme et modernité, se lit dans une large mesure comme une glose des idées ainsi élaborées dans la lutte contre les démons, et pro-sémitisme de surcroît<sup>42</sup>. Quoiqu'il en soit, l'investigation menée par Monateri éclaire une face sombre, cachée ou hétérodoxe, de la généalogie de la modernité politique qui, niée par le rationalisme, est restée à l'état latent, résiduel, échappant à notre capacité à mettre en mots le politique au niveau soit national, soit international. A la représentation schmittienne du déclin progressif de l'ontologie théologique, se substitue donc le récit d'une rupture à la naissance même de la modernité. Ce n'est pas le roi qui assume la fonction du katechon en raison de sa théologisation; plutôt, on se remet à la propre capacité politique du roi de protéger ses sujets à travers son statut nouveau (non médiéval) de Souverain, avec sa juridiction sur le diable et la transformation de ses crimes en actes politiques. La modernité mélange la souveraineté politique, la magie, les esprits, et l'état ineffable de manie induit au contact des démons. Il y a donc un lien entre l'hétérodoxie de la magie et l'essor du purement politique, déplaçant sur ce point la juridiction ecclésiastique<sup>43</sup>. Mais il y a aussi, démontre Monateri, un élément "ineffable" dans la modernité politique, qui peut être saisi par l'esthétique du sublime.

## B. Le rationnel et le sublime.

Il est significatif à cet égard que Schmitt condamnait très fermement le romantisme politique et son esthétique<sup>44</sup>, y voyant une forme de discussion sans fin dont la circularité évitait le point final de la décision. Pourtant, "l'esthétique du

---

contre le pouvoir royal. Ce n'est que progressivement que ce statut se modifie, pour pénaliser non plus la magie elle-même mais la prétention à en faire: sorte de représentation dolosive dont l'ultime héritier serait le très technique droit de la consommation.

<sup>40</sup> Les deux accusations principales contre Bodin, formulées par le Jésuite Antonio Possevino, étaient qu'il était pro-sémitisme et "politique".

<sup>41</sup> *La notion du politique - Théorie du partisan*, Paris, Calmann-Lévy, 1972; *Du politique. Légalité et légitimité et autres essais*, Puiseux, Pardès, 1980.

<sup>42</sup> Il est plus ironique encore, au regard du parcours ultérieur de Schmitt dans les dédales du nazisme, que ses idées relatives à la naissance du politique aient une filiation philosémitisme.

<sup>43</sup> Par ailleurs, observe Monateri, lorsque l'élément politique était fort (comme sous Henri VIII, Elizabeth Ire et Jacques Ier) l'usage de la magie était un crime. L'affaiblissement du politique trivialise en revanche la magie. Le parallèle est intéressant avec l'Europe contemporaine, dont le politique se dissout dans le concept d'un pur ordre juridique (v. Art. 1 du Traité UE). La prétention à faire de la magie devient une question de régulation du marché de la consommation. La *Fraudulent Mediums Act 1951* a été abrogée par l'effet de la directive de l'Union européenne (2005/29/CE du 11 mai 2005) relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur!

<sup>44</sup> C. Schmitt (1986). *Political romanticism*. Cambridge, Mass: MIT Press.

sublime"<sup>45</sup>, telle que formulée dans l'œuvre éponyme, littéraire et politique, d'Edmund Burke en 1796, suggère un rapprochement entre la modernité politique et l'ineffable, que la version schmittienne du rationalisme moderne tend également à occulter. La dimension "ineffable" du politique était un sujet central pour l'esthétique romantique. La dimension sublime recouvrait l'angoissant, l'ineffable, le caché. Comme le souligne encore PG Monateri, Burke était un penseur politique parfaitement rationnel<sup>46</sup>. C'est la perception du sublime qui explique son rejet de l'assimilation courante parmi les libéraux anglais de son époque, entre la "révolution glorieuse" anglaise de 1688 et la révolution française<sup>47</sup>. En effet, il considérait que cette dernière prétendait faire table rase du passé politique par la voie de la raison tandis que la révolution glorieuse, en revanche, tendait à restituer le mystère, l'aptitude à inspirer crainte et révérence (*awe*), de l'ancienne Constitution non écrite. En revanche, le nouvel ordre français enfermait le souverain dans le droit des nations et l'exception à l'intérieur de l'ordre juridique<sup>48</sup>. Par contraste, la common law conservait une dimension sublime, au-delà des mots, ses mystères étant administrés par des oracles<sup>49</sup>. La constitution anglaise est sublime parce qu'elle ne peut être saisie par le langage. La terreur française est simplement horrifique parce qu'elle est le produit de la raison<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Le "sublime" renvoie aux traits de la sensibilité humaine (re)découverte par Edmund Burke (1796), désignant ainsi ce qui est "au-delà des mots" et sans doute également au-delà de la pensée précise. Tout ce qui est simultanément terrifiant et attrayant, dangereux mais séduisant, immanquable mais inévitable, est "sublime".

<sup>46</sup> C'est pourquoi il semble plus approprié d'opposer le rationnel à l'hétérodoxe plutôt qu'à l'irrationnel, car ceux qui prenaient les démons au sérieux avaient une ontologie sociale différente, mais parfaitement rationnelle. Bodin a été condamné comme hétérodoxe par l'Eglise.

<sup>47</sup> Burke, E. (1797). *Three memorials on French affairs: Written in the years 1791, 1792, and 1793*. London, F. and C. Rivington.

<sup>48</sup> Pour Monateri, il y a là la signature de l'esthétique 'néoclassique' " qui porte à la réalisation des codes et des législations souveraines, précisément dans le sens de la réalisation aboutie de la loi dans sa présence ; en d'autres termes comme absence de toute absence, c'est-à-dire comme consommation complète de tout résidu métaphysique de l'ontologique. Il s'agit donc ici d'une capture complète de la loi dans la législation sans résidus, d'une réduction totale de son absence dans sa présence, en tant que réalisation *sachlich* maximum de la souveraineté politique, qui se matérialise dans le pouvoir d'ordre plus encore que dans le choix entre ami et ennemi. La réalisation ontologique est tout aussi *sachlich*, surtout dans les codes, au point de ne pas tolérer même un résidu d'interprétation, qui est confinée dans les schémas de l'exégèse, et de forger le discours jurisprudentiel et la forme du jugement à l'instar du style législatif. La capacité de ce système à formuler des normes simples participe de son évidente 'beauté', en tant que valeur esthétique avant d'être politique, justement dans le sens classique pour lequel leur auteur, le souverain, démontre sa perfection à travers la réalisation d'une œuvre qui cache les difficultés de sa réalisation dans l'évidence de sa perfection, c'est-à-dire de sa simplicité" (*Geopolitica del diritto*, préc.).

<sup>49</sup> Le droit anglais, et la Constitution anglaise, sont toujours "au-delà des mots". Ils sont mystère, à administrer par des oracles (Kahn, P. W. (2011). *Political theology: Four new chapters on the concept of sovereignty*. New York: Columbia University Press)

<sup>50</sup> Le texte de PG Monateri (dans *Geopolitica del diritto*) sur Burke mérite d'être cité en entier: "En ces termes Burke s'impose comme le vrai 'inventeur' de l'idéologie moderne de la *common law*, dans la direction contre-intuitive de son 'romantisme', c'est-à-dire de la « capture du sublime » dans la dimension de la loi. À notre avis, c'est en vertu de cette dernière que, dans le cadre de l'hyperbole continentale de la lumineuse présence souveraine dans la loi écrite, l'on a pu opposer la liturgie d'une *uncanny presence*, d'une présence *mystérieuse* de la loi orale, capable d'excéder même la souveraineté politique. C'est en cela que les problèmes de l'esthétique et du juridico-politique finissent par émerger comme question de la 'morphologie' de la loi".

Cette réflexion sur le lien entre l'ineffable à l'origine de la modernité politique et l'esthétique du sublime rejoint celle que Monateri consacre par ailleurs à la « géopolitique du droit », qui révèle de façon également fascinante les liens d'enracinement réciproque du politique et du juridique. La théorie essentielle développée ici est que tous les droits occidentaux dans leur forme contemporaine sont issus, de façon diverse, d'états d'exception (la guerre de Trente ans, la « révolution glorieuse » anglaise, la guerre d'indépendance aux Etats-Unis, la révolution française, etc.). Dès lors, le « style » d'un système juridique donné exprime ou représente la “mémoire” de la façon dont a été abordé l'état d'exception qui était au cœur de sa fondation même<sup>51</sup>. Or, si le modèle français conduisait précisément à fonder l'ordre juridique sur l'état d'exception<sup>52</sup>, la common law en fait sa dimension ineffable, elle-même évocatrice de l'*uncanny* freudien. D'où la dualité profonde inscrite au sein de la tradition juridique occidentale, mais aussi, le cas échéant, le potentiel de résistance qu'offre le style juridique à la prétention uniformisatrice du droit globalisé<sup>53</sup>.

Il est très intéressant de rapprocher cette analyse du récit d'ordre prospectif que donne Neil Walker du droit dans la globalisation, qu'il désigne par la notion d'*intimation* du droit global<sup>54</sup>. Empruntant au langage impératif du droit processuel, l'intimation suggère aussi une présence plus mystérieuse, un *uncanny* pareillement freudien. Regroupant des écoles de pensée qui ont émergé dans le sillage des mutations du modèle étatique du droit (de « la perte de contrôle de l'Etat », selon le mot de Saskia Sassen<sup>55</sup>), le droit global selon Walker ne serait aucunement une idée unique, ni un concept universalisant, et se distinguerait surtout très nettement de toute croyance en un droit substantiel « mondial » auquel il est souvent réduit de façon caricaturale. Le global, estime Neil Walker, tend à devenir une catégorie holistique qui tire son sens de tout l'éventail de l'expérience sociale. Appliqué au droit, il se signale comme un nouveau paradigme de pensée et de pratiques juridiques constructives. Toutefois, à ce titre, il reste - comme on l'imagine - contesté, circulaire, pris dans une dynamique de compétition interne: en bref, insaisissable, aux antipodes des certitudes prêtées à la modernité<sup>56</sup>. Il invite en tout cas à se demander si les démons présents à l'origine de la modernité politique et restés latents après la remarquable métamorphose du Léviathan en Etat souverain ne seront pas relâchés

---

<sup>51</sup> La différence entre les traditions européenne, d'une part, et américaine, d'autre part, peut donc s'expliquer en partie par le fait que seule la première a eu à gérer la guerre de Trente ans.

<sup>52</sup> Selon le commentaire de Monateri, “L'ontologie néoclassique est telle qu'elle rend possible en France la visibilité affichée de la théorie de l'état de siège comme base de sa gouvernamentalité. Le changement continu de régimes et de constitutions auquel la France a été soumise, est en fait la proposition nouvelle du mécanisme de l'état d'exception comme centre gouvernemental effectif, et non pas théorique, du régime politique.... Dans ce système l'état d'exception n'est ni exorcisé, ni protégé, ni caché, mais complètement réalisé dans sa visibilité comme norme administrative effective codifiée et reconnue. C'est cela, en effet, qui frappait Dicey, théoricien de la conception opposée de la Constitution anglaise et de la *rule of law*.”

<sup>53</sup> V. Monateri, *Geopolitica*, précité.

<sup>54</sup> N. Walker, *op cit*.

<sup>55</sup> S. Sassen, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization* (Columbia University Press, 1996)

<sup>56</sup> N. Walker, *op cit*, p. 176.

aujourd'hui lorsque celui-ci se voit à nouveau concurrencé par d'autres modes de contrôle social dans notre monde globalisé<sup>57</sup>.

## II. L'exclusivisme du droit étatique à l'épreuve du pluralisme normatif

En concentrant le pouvoir jusqu'alors diffus en une seule entité souveraine, la modernité politique a fait du droit du souverain un ordre moniste<sup>58</sup>, en ce sens qu'il est exclusif de toute source du droit en dehors de lui-même. Dans l'épistémologie juridique propre à la tradition juridique continentale, le social est du fait, objet et non source du droit<sup>59</sup>. Mais la globalisation fait resurgir au-delà des limites de l'Etat, des formes alternatives de normativité informelles, qui coexistent, se superposent, se renforcent ou entrent en collision dans les vides laissés par le droit étatique<sup>60</sup>. Le développement de formes de "pouvoir silencieux"<sup>61</sup> tels que celui des indicateurs, ou l'accroissement des revendications fondées sur la pratique religieuse, revêtent désormais une forme globale, en ce sens que peu respectueuse des territoires, elles participent aussi de l'imaginaire d'un monde sans frontières. Si de telles formes mettent de toute évidence le monisme à l'épreuve, ils font aussi apparaître au rebours des schémas volontairement simplificateurs du droit moderne la très grande complexité du tissu normatif, qu'il s'étende ou non au-delà de la frontière (A). Elles attirent également l'attention sur les collisions de systèmes sociaux à l'œuvre sous la surface des droits individuels ou subjectifs dont l'ordre juridique moderne s'était donné pour fonction d'assurer la protection (B).

### A. Conflits normatifs et complexité du droit

37

Adopter à l'égard de ces nouveaux foyers de normativité une perspective pluraliste implique de délaisser toute théorie des sources qui réserve une place exclusive au droit étatique (ou issu du consentement des Etats, comme le droit international classique) et admettre que certaines communautés (éphémères ou non) puissent émettre des normes qui ont une valeur juridique - au sens où elles auraient une autorité égale à celles qui proviennent ou sont agréées par l'Etat. Cet élargissement ne se fait pas facilement. En effet, le pluralisme interroge les formes mêmes du droit. Toutes les normativités doivent-elles être considérées comme juridiques (ou interchangeables devant tous les fors où elles sont invoquées), sans

---

<sup>57</sup> Monateri, *Political Sublime*, préc.

<sup>58</sup> Le terme monisme revêt plusieurs sens. En droit international ou constitutionnel, il s'oppose au dualisme et désigne une modalité de réception du droit international dans l'ordre interne. Ici il s'oppose au pluralisme et décrit une conception exclusiviste des sources du droit, lequel ne serait issu que de l'Etat, soit directement soit indirectement par son agrément.

<sup>59</sup> G. Samuel, *op cit.* ; C. Geertz, « Fact and Law in Comparative Perspective » dans *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.

<sup>60</sup> De tels phénomènes ne sont certainement pas nouveaux; cependant, le pluralisme juridique s'y est intéressé pour l'essentiel, par le passé, au plan infra-étatique. La *lex mercatoria* fait figure d'exception, mais a été davantage explorée par les internationalistes-privatistes en tant que phénomène spécifique du droit du commerce international que par les théoriciens du droit.

<sup>61</sup> V. S. Engle Merry, K. Davis, B. Kingsbury, *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*, CUP 2015.

aucune discrimination? Le doute est formulé par l'anthropologie, où est né l'idéal pluraliste lui-même<sup>62</sup>. Peut-on réellement "mettre à parité de statut épistémologique dans la globalisation le renouveau et l'expansion de la *charia*, la norme économique, les communautés historiques et celles de l'Internet ?"<sup>63</sup>

Il n'y a guère, estime l'anthropologue, que "du point de vue de l'individu que ces normes et entités sociales sont à égalité de traitement, comme des sources d'influence. Précisément du point de vue global, s'il est permis de l'adopter, nous avons une différenciation fondamentale entre la *charia*, norme religieuse valable pour la communauté des croyants, territoriale et diasporique, les nationalités plus ou moins autonomes ou les communautés d'habitants et les différentes « communautés » structurées de façons fluctuantes sur la toile, dont la pertinence repose *in fine* sur la primauté de l'ego. Reste enfin la norme économique du capitalisme libéral : les formes historiques ou religieuses d'association y résistent (voir la finance islamique) ou peuvent être mises en position d'y résister en raison de leur forte dimension holiste, tandis que les formes engendrées par la technique procèdent de l'individualisme et en accentuent l'influence"<sup>64</sup>.

Du côté du droit, et particulièrement du droit international privé qui se voit confier traditionnellement la gestion du pluralisme normatif<sup>65</sup>, les termes de cette question sont en apparence plus simples. En effet, comme on le sait, l'altérité ne fait pas peur à cette branche du droit, dédiée à l'extranéité<sup>66</sup>. Par ailleurs, la boîte à outils méthodologique de la discipline contient ce qu'il faut pour s'aligner sur le pluralisme, en acceptant l'autre sur ses propres termes<sup>67</sup>. A regarder de plus près, cependant, au sein de ce dispositif juridique, l'ouverture à l'égard de l'altérité cache une autre forme de monisme. Les normativités concurrentes sont réduites - selon une "phénoménologie de l'équivalence planétaire des formes juridiques" pointée par l'anthropologue<sup>68</sup> - aux seuls autres droits étatiques. Serait-il envisageable de faire éclater ce cadre et accueillir des normes religieuses, économiques, techniques ou coutumières au même titre que ces derniers et par un canal qui ne supposerait pas leur agrément préalable ? Si le droit international privé semble à bout de souffle sur ce point, il peut être intéressant de se tourner vers la théorie du droit contemporain, qui, paradoxalement par référence aux conflits de lois, ranime le pluralisme en vue de résoudre l'énigme du droit global<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> J. Griffiths, « What is Legal Pluralism? » (1986) 24 *J Legal Pluralism* 1.

<sup>63</sup> L. Asser-Andrieu, *op cit*, p. 87.

<sup>64</sup> L. Asser-Andrieu, *ibid*.

<sup>65</sup> Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev crit DIP* 1966, 1.

<sup>66</sup> Toute la doctrine de la qualification en droit international privé s'est élaborée afin de mieux intégrer des institutions étrangères et étranges (la quarte du conjoint pauvre, le trust, l'oukase, la kafala), parmi les catégories du for.

<sup>67</sup> Comme le montrent les travaux de Didier Boden sur l'unilatéralisme. L'auteur fait de celui-ci l'expression du pluralisme, opposée au monisme véhiculé par bilatéralisme qui réduit l'autre à lui-même. V. D. Boden, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Paris I, 2002

<sup>68</sup> L. Asser-Andrieu, *op cit*, p. 92.

<sup>69</sup> Neil Walker, *Intimations of Global law*, préc.

En effet, remarquablement, les pluralistes intéressés par les phénomènes normatifs qui se déploient au-delà de l'Etat intègrent désormais une analyse de conflit de lois ou d'autorités, à laquelle ils consentent une place centrale. C'est ainsi que Paul Berman préconise d'emprunter le cadre d'analyse des conflits de lois pour éclairer les situations d'interlégalité ou d'enchevêtrement des normes<sup>70</sup>. Roger Cotterell et Max del Mar étendent à leur tour l'horizon pluraliste des études socio-juridiques à la problématique des autorités transnationales multiples<sup>71</sup>. Dans la variante spécifique du constitutionnalisme sociétal de Gunter Teubner (sur laquelle on reviendra un peu plus loin), le droit des conflits revêt même un statut méta-constitutionnel. "Dans une société mondialisée sans sommet ni centre, il n'y a qu'une seule façon de gérer les conflits inter-constitutionnels - d'une façon complètement hétérarchique. Ceci est dû non pas simplement à l'absence de pouvoir centralisé mais est enraciné dans les structures sociales profondes que Max Weber appelait le 'polythéisme' de la modernité. Même les défenseurs de l'unité de la constitution sont obligés d'admettre que l'unité constitutionnelle de l'Etat-nation est menacée par la collision des constitutions civiles, vers des rationalités contradictoires dont les collisions doivent être désamorçées par un nouveau droit de conflit de lois »<sup>72</sup>.

Or, - et c'est précisément là où le présent développement veut en venir-, dès lors que cette multiplicité de rationalités est admise, elle oblige à prendre conscience de l'omniprésence de situations de superposition, de concurrence ou d'antagonisme des revendications normatives hétérogènes. En effet, si le droit est perçu, dans les termes d'une perspective pluraliste, comme le fruit de constantes contestations et redéfinitions (légiférées ou judiciaires), traversé de revendications antinomiques et de conflits de normativités, le conflit n'est plus un problème exceptionnel, situé à la marge de l'application normale du droit local (comme dans la vision du droit international privé<sup>73</sup>). Au contraire, il contribue au sens même du droit dans une vision postmoderne, au regard de laquelle l'enchevêtrement, l'instabilité et la réflexivité en sont des éléments caractéristiques<sup>74</sup>. Le conflit de normes culturelles existe au sein même de la société "interne" (si tant est que ce vocable ait encore un sens dans une société composée de populations culturellement hétérogènes). Par conséquent, la présence ou non d'un élément international n'est plus le facteur déclenchant du conflit, pas plus que ce dernier ne représente une situation dérogatoire. Bien au contraire, toute question juridique recouvre des normativités

<sup>70</sup> Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. New York: Cambridge University Press, 2012.

<sup>71</sup> R. Cotterrell & M. del Mar (eds), *Transnational Authority*, Elgar, 2015 (à paraître).

<sup>72</sup> G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization*, préc, p. 152.

<sup>73</sup> On voit donc qu'importer le raisonnement pluraliste en droit international privé a pour conséquence très significative de faire disparaître la question, irritante, du seuil du droit international privé. La théorie générale du conflit de lois se heurte en effet à la difficulté de déterminer le moment à partir duquel il faut déclencher un raisonnement dérogatoire; cette problématique repose sur la distinction, de plus en plus fuyante à mesure que les frontières deviennent poreuses, entre le national/international ou le local/l'étranger.

<sup>74</sup> A titre d'exemple, dans le cas du port prohibé de la *burqa*, la complexité de la revendication identitaire de la femme voilée dans l'espace public sécularisé (v. *supra*) est le reflet même des aspirations contradictoires dont le droit est constitué.

multiples et requiert une mise en balance de celles-ci<sup>75</sup>. Si ce n'est pas un phénomène nouveau, c'est l'éclairage apporté par le pluralisme dans le contexte la globalisation qui le donne à voir, au-delà de la compréhension plus univoque du droit moderne.

## B. Matrice anonyme et médiation interculturelle

La seconde contribution, complémentaire, de la perspective pluraliste est de revenir à ce que Gunter Teubner appelle la "matrice anonyme" des conflits de droits<sup>76</sup>. La théorie du constitutionnalisme sociétal met en scène des systèmes sociaux autonomes de communication, chacun suivant sa propre trajectoire ou rationalité au sein d'un réseau<sup>77</sup>. Tout comme la culture, le droit est l'un de ces systèmes de communication. S'il est aussi utilisé par les autres pour fonder leur autonomie, réciproquement, il externalise vers le système politique la question de son propre fondement. Ce qui est pointé spécifiquement par Teubner, c'est la propension des divers régimes à s'étendre, produisant dans leur environnement des externalités (des "irritants" aux trajectoires imprévisibles) qui doivent être à leur tour traitées réflexivement. Tant la *lex mercatoria* que la *charia* offrent des exemples topiques, lorsqu'on constate qu'elles entendent coloniser des régimes voisins (par exemple, dans le cas de l'expansion de l'arbitrage d'investissement, en dépit des dimensions de droit public des différends en cause ; pour la *charia*, sa vocation à saisir des rapports personnels ou économiques soumis jusqu'à présent au droit non religieux).

Or, très souvent, ces conflits s'expriment dans le langage contemporain des droits subjectifs, ou plus récemment, fondamentaux. Par exemple, la femme voilée se voit victime d'une atteinte à sa liberté d'expression religieuse, alors que la société sécularisée ressent une violation de la laïcité de l'espace public qui suppose que chacun ait droit à y voir le visage d'autrui à découvert. Peut s'y ajouter aussi dans ce cas une revendication féministe de libre expression vestimentaire, qui se heurte frontalement à la volonté de la collectivité de protéger la femme contre l'asservissement par les hommes à travers l'occultation du visage. C'est cette représentation inter-subjective du conflit qui est rejetée par Teubner. S'il est vrai que la forme contentieuse sur laquelle s'appuie le droit moderne met nécessairement en scène des acteurs - victimes ou violeurs de droits fondamentaux - le conflit de fond se noue à partir de "la matrice anonyme d'un médium autonome de communication". Ce sont en effet non pas des individus titulaires de droits mais des systèmes de communication - la culture, la religion - qui entrent en collision en poursuivant leurs rationalités respectives<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> C'est bien pourquoi la proportionnalité est perçue comme une menace tant pour les raisonnements déductivistes en droit interne que pour la méthode de conflit de lois lui-même. Il y a là un changement d'ordre épistémologique, qui met la complexité au premier plan.

<sup>76</sup> *Op cit*, p. 64. Cette théorisation par Teubner s'appuie sur les travaux sociologiques de Luhmann.

<sup>77</sup> Cette vision du monde social rejoint celle de l'anthropologie. Chez John Griffiths, dans son texte considéré comme fondateur du pluralisme juridique, le droit constitue ainsi une « une hétérogénéité normative liée au fait que l'action sociale prend toujours place dans un contexte de "champs sociaux semi-autonomes" à la fois multiples et interpénétrés » (« What is Legal Pluralism? » préc).

<sup>78</sup> De façon intéressante pour le droit international privé, cette analyse éclaire un nouvel effet perturbateur si souvent dénoncé des droits de l'homme. Ce n'est pas tant que le "droit à" ne s'insère pas



Il revient alors au droit d'assurer la médiation que l'anthropologue appelle de ses vœux: "D'un côté, les autochtones, il existe la place d'une redécouverte des dimensions holistes de la culture, lesquelles ne sont pas dépourvues de mécanismes d'accueil, et de l'autre, les migrants ou issus de migrants, il existe la place d'une individualisation plus marquée des références pouvant conduire à l'adoption même des formes holistes de la société d'accueil, une fois celles-ci réinventées"<sup>79</sup>. La norme post-moderne qui répond aux conflits impliquant l'identité culturelle, est *négociée*. Au rebours des discours juridiques déductivistes et de l'invocation obsessionnelle de la sécurité juridique par le droit moderne, elle se constitue *ex post* et au cas par cas<sup>80</sup>. Laissons le dernier mot à l'anthropologue, qui exprime ainsi sa conviction ou son espoir : "Un espace existe, sur l'articulation même de la distinction des représentations autochtones, qui ne se résume pas à l'abstractionnisme des droits de l'homme mais comprenne des formes holistes comme la nation ou la communauté des nations, le pays ou la communauté locale, et des représentations des migrants de plus en plus binationaux, qui dans le cas des musulmans peuvent en appeler à ce holisme majeur que constitue la communauté des croyants"<sup>81</sup>. La culture juridique serait-elle réinvestie par l'ineffable au moment même où le droit semble détrôné par des normativités plus informelles ou aspiré dans le vortex du chaos global<sup>82</sup> ? Et si le sublime réinvestissait le politique alors même que l'espace global nous présente, résolument<sup>83</sup>, sa face la plus lisse ? Posée avant les attentats de Paris du 13 novembre 2015, cette question prend, après cet événement, tout son relief.

---

dans le schéma épistémologique du droit perçu comme un ensemble de règles (car il est toujours possible d'en envisager le revers en termes de droits subjectifs, pourvus ou non de fondamentalité), mais que ceux-ci représentent une rationalité propre, qui produit des irritations dans les systèmes qui constituent son environnement.

<sup>79</sup> L. Asser-Andrieu, *op cit* p. 96.

<sup>80</sup> Cette approche est connue. L'ordre public du droit international privé n'a jamais procédé autrement. Elle n'est pas non plus bien éloignée de la proportionnalité, dans la mesure où celle-ci oblige à peser globalement les objectifs et résultats des normes (lois et droits) en conflit dans une approche synthétique et casuistique.

<sup>81</sup> L. Asser-Andrieu, *op cit*, p. 87.

<sup>82</sup> N. Walker, "Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders" (2008) *International Journal of Constitutional Law* Vol 6, p. 373.

<sup>83</sup> L'attitude-miroir est celle de P. Legrand (dir), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2005, qui oppose la résistance de la différence.

---

## Les médiatisations des justices en Europe

---

42

---

## Représentation(s) et Justice(s)

### L'exemple du bandeau de *Domitia Justitia* : XV<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> siècle

Mathieu SOULA

Il n'est pas anodin de poursuivre la réflexion méthodologique entamée lors du premier séminaire par une séance consacrée aux représentations de la justice. Car il s'agit encore de poursuivre l'analyse de notre objet, la construction des justices en Europe. Or, investir en premier lieu les représentations permet d'interroger l'un des moyens par lesquels la justice se construit : la manière dont elle se donne à voir est aussi la manière dont elle se donne à penser ; de même la manière dont elle est représentée renseigne les luttes de sens dont elle peut être l'objet. Travailler les représentations est un moyen privilégié de saisir les formulations et reformulations des sens de la justice, de ses missions, comme celui de ses contestations et de ses glorifications. Représenter la justice n'est pas neutre politiquement dans le sens où la représentation fait sens, voire tente d'imposer un sens commun.

Les travaux de Louis Marin et surtout de Roger Chartier ont déjà très largement révélé tous les bénéfices d'une réflexion attentive portée aux représentations<sup>1</sup>. Tout d'abord, travailler sur la justice, dans le passé ou dans le présent, c'est d'abord travailler sur des représentations, car l'accès aux réalités judiciaires et juridiques présentes et passées se fait le plus souvent par des documents dans lesquels les pratiques ou les discours sont transcrits. Or, ces documents ne sont pas le reflet fidèle de ce qui a été ou de ce qui est, bien au contraire, ils sont un média et déforment nécessairement ces réalités que l'on veut atteindre. Ils sont en définitive un discours, une mise en mots, en forme, en ordre, ayant un but précis : prescrire, décrire, condamner, glorifier, humilier, prouver... Il y a donc nécessairement une distance dans les œuvres écrites, peintes, dessinées, filmées portant sur la justice et la réalité qu'elles sont censées représenter. L'idée étant d'être attentif aux différents dispositifs de production de ces différents supports, et à leurs raisons d'existence avant d'analyser l'objet qui est représenté : toute représentation se montre représentant

43

---

<sup>1</sup> Sur la notion de représentation voir : Roger CHARTIER, « Construction de l'État moderne et formes culturelles : perspectives et questions », *Culture et idéologie dans la genèse de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (15-17 octobre 1984)*, Rome, École française de Rome, 1985, p. 491-503 ; « Le monde comme représentation », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, a. 44, n° 6, 1989, p. 1505-1520 ; et Gérard NOIRIEL, « L'histoire culturelle aujourd'hui, entretien avec Roger Chartier », *Genèses*, 15, 1994, p. 115-129 ; « Pouvoir et limites de la représentation. Sur l'œuvre de Louis Marin », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, a. 49, n° 2, 1994, p. 407-418 ; « La nouvelle histoire culturelle existe-t-elle ? », *Les cahiers du Centre de recherches historiques*, n° 31, 2003. Pour une critique, parmi d'autres, des usages du concept de représentation : Carlo GINZBURG, « Représentation : le mot, l'idée, la chose », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, a. 46, n° 6, 1991, p. 1219-1234.

quelque chose. Il faut alors éviter la confusion entre la chose représentée et celle qui représente.

Ensuite, travailler sur les représentations permet d'atteindre les représentations collectives, ce sens commun, ces schèmes de classement, de distinction, de connaissance et de reconnaissance intégrés et incorporés par les individus. Cela permet donc de comprendre ce que des historiens médiévistes, comme Georges Duby ou Jacques Le Goff, ont appelé à la suite de Lucien Febvre, la « mentalité », ou encore de comprendre comment une institution ou plus largement une entité, se donne à voir et s'impose, à savoir ce que Pascal a défini comme la « montre ». « Nos magistrats ont bien connu ce mystère leurs robes rouges leurs hermines dont ils s'emmailotent en chats fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lys, tout cet appareil auguste était fort nécessaire » (78, *Imagination*). La représentation n'est donc pas neutre socialement : elle impose un sens, auquel on peut adhérer ou s'opposer. La représentation a des effets performatifs, elle n'est pas figée dans un texte, une image, ou une œuvre d'art. Elle a des effets sur le réel qu'elle représente dans le sens où elle contribue à en modifier le sens et la perception. D'ailleurs, le sens juridique de « représentation » synthétise bien le sens et la portée de cet acte : « On le dit des actes, des choses, et des personnes, et sous ce dernier rapport, la représentation d'une personne est, ou l'action de la faire paroître dans un lieu où il faut qu'elle se trouve, ou la subrogation d'une personne vivante à un personne morte, pour en exercer les droits »<sup>2</sup>. Que ce soit dans un sens esthétique, sociologique ou bien juridique, la représentation est bien une fiction qui a des effets sur le réel car elle agit sur la perception que nous pouvons en avoir.

Surtout, pour ce qui nous concerne plus spécifiquement dans ce séminaire, les représentations de la justice participent à la construire de deux manières. Tout d'abord elles permettent à l'institution judiciaire de s'imposer, de paraître « naturelle », allant de soi. Ensuite, elles consolident un sens à donner à cette justice. Je prendrai un exemple : celui des représentations allégoriques de la Justice au bandeau du XV<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'idée étant de déconstruire le caractère naturel de l'association bandeau-impartialité, pour montrer comment cette construction s'est faite et s'est diffusée, pour finalement s'imposer.

## **Le symbole et ses significations**

La plupart des travaux qui portent sur l'iconographie s'attachent à décrypter les symboles et les formes allégoriques, essayant de percer un sens caché ou perdu, sans interroger au préalable ce qu'est travailler sur des symboles et des allégories, et plus généralement sur les représentations. La quête du sens se transforme souvent en une enquête dans laquelle le chercheur peut aisément montrer sa large érudition par la mobilisation d'œuvres écrites ou picturales sur lesquelles il appuie son travail de déchiffrement. La manipulation successive ou concomitante d'œuvres de datations variées, aux supports divers, aux usages divers et aux fonctions non moins diverses serait justifiée par l'emploi commun ou l'évocation commune d'un même symbole, d'une même allégorie, d'une même figure. Le « vrai » sens naîtrait d'une généalogie

---

<sup>2</sup> Encyclopédie méthodique ou par ordre des matières, par une société de gens de lettres, de savans et d'artistes, Jurisprudence, Paris, Panckoucke, t. 7, p. 345.

enfin retracée et d'une confrontation heuristique. Peut-être doit-on voir là un réflexe « humaniste » ou académique incorporé et perpétué, comme le relève Erwin Panofsky :

« Les signes et structures laissés par l'homme sont des souvenirs témoins en ce que, pour mieux dire dans la mesure où, ils expriment des idées séparées des processus concrets de signification et de construction où pourtant ils s'actualisent. Ces souvenirs témoins, ont, par suite, la propriété d'émerger hors du cours du temps, et c'est précisément à ce titre qu'ils sont étudiés par l'humaniste : d'une façon fondamentale, l'humaniste est un historien »<sup>3</sup>.

Plus loin dans son introduction sur *L'œuvre d'art et ses significations*, Panofsky décrit la méthode de l'historien de l'art comme une « archéologie rationnelle » : « L'historien de l'art soumet ses « matériaux » à une analyse archéologique rationnelle, parfois aussi méticuleusement exacte, aussi compréhensive et exhaustive que n'importe quelle enquête de physique ou d'astronomie. Mais ces « matériaux », c'est lui-même qui les constitue, au moyen d'une re-crédation esthétique intuitive »<sup>4</sup>. Dans le décryptage d'une représentation, la part d'arbitraire est donc aussi grande que l'érudition de l'enquêteur est étendue, dans le sens où, les références mobilisées pour son travail d'analyse sont autant de choix qu'il ne prend pas forcément la peine de justifier, puisque le rapport esthétique ou la congruence des formes impliquent un *a priori* « cela va de soi ».

Or, il n'est pas du tout évident que la question du sens du symbole soit la plus fondamentale, car posée telle quelle (que veut dire le symbole ?) elle ne peut qu'aveugler, et empêcher de se poser des questions préalables importantes. Elle induit nécessairement la recherche de l'intention du commanditaire ou de l'artiste/artisan. Or, cette intention ne saurait être objectivée, le pourrait-elle d'ailleurs qu'il n'est pas sûr qu'elle expliquerait parfaitement l'usage ou le non-usage d'un symbole. Par exemple, comment peut-on être sûr que chaque fois qu'une *Domitia Justitia* est représentée avec un bandeau, l'intention de l'auteur ou du commanditaire fût de rappeler expressément son impartialité (si tant est que cette interprétation soit la seule) ? Ne peut-on y voir l'usage d'un attribut devenu « naturel » qui rappelle d'abord qu'il s'agit effectivement de Justice ? Ne peut-on y voir aussi une raison pratique, la mécanique reprise d'un attribut qui s'est imposé comme étant « naturellement » associé à cette allégorie ? La quête de l'intention, sous-tendue par la recherche du sens du symbole, peut parfois forcer l'interprétation en faisant dire à un symbole plus qu'il n'en dit véritablement. Erwin Panofsky a pu montrer la relation étroite entre la culture scolastique intégrée par les savants et les architectes et l'architecture des cathédrales médiévales<sup>5</sup>. Dans toute création ou innovation, agit un *habitus* (terme emprunté par Panofsky à la scolastique), produit d'une culture inculquée et assimilée (ici par l'école scolastique) qui peut se définir comme « un

<sup>3</sup> Erwin PANOFSKY, *L'œuvre d'art et ses significations. Essai sur les « arts visuels »*, Paris, Gallimard, 1999 (1<sup>ère</sup> édition anglaise 1955, française 1969), p. 33.

<sup>4</sup> Erwin PANOFSKY, *L'œuvre d'art et ses significations...*, op. cit, p. 42.

<sup>5</sup> Erwin PANOFSKY, *Architecture gothique et pensée scolastique*, Paris, Les Éditions de Minuit, collection Le sens commun, (trad. Pierre Bourdieu), 1967.

ensemble de schèmes fondamentaux, préalablement assimilés, à partir desquels s'engendrent, selon un art de l'invention analogue à celui de l'écriture musicale, une infinité de schémas particuliers, directement appliqués à des situations particulières »<sup>6</sup>. Plutôt que l'objectivation, bien difficile, de l'intention, il est préférable de cerner quel est cet *habitus* à l'œuvre dans la création et la reprise d'un symbole, c'est-à-dire objectiver quelle culture intégrée et assimilée, quel répertoire commun de références communes, « agit » dans la pratique et la réalisation d'une représentation.

La question du sens induit encore de partir à la quête incertaine des origines (d'où vient ce symbole ? qui est le premier à l'avoir utilisé dans cette configuration ?), comme si la clé se trouvait toute entière dans une première manifestation, matricielle en quelques sortes. Marc Bloch raillait déjà « l'idole des origines » et « l'obsession embryogénique », et lui opposait que « jamais, en un mot, un phénomène historique ne s'explique en dehors de l'étude de son moment »<sup>7</sup>. Appliquée à une allégorie ou un symbole, cette sentence recommande d'analyser les contextes de production, d'usages, de réceptions, plus que de remonter une ligne généalogique jusqu'à une première manifestation. L'étude du « moment » doit permettre de replacer cette allégorie ou ce symbole dans une épaisseur sociale qui leur donne sens, qui fait sens. Cette précaution évite l'anachronisme ou l'ethnocentrisme par la projection sur l'objet étudié de catégories de perception propres à l'enquêteur. Dans son étude du tableau de Gustav Klimt pour le plafond de l'Université de Vienne intitulé la *Jurisprudence* (aujourd'hui disparu), Carl E. Schorske a montré tout l'intérêt de replacer une œuvre dans « son moment », dans son lieu de production (espace auquel appartient l'artiste) et son lieu d'exposition (sa destination)<sup>8</sup>.

Enfin, elle induit souvent de ne trouver qu'un sens, ou plutôt qu'une succession de sens uniques, à un symbole utilisé dans une configuration donnée. En matière d'analyse de symboles, la « raison humaniste », telle qu'elle a été dégagée au XVI<sup>e</sup> siècle à la suite d'un André Alciat ou d'un Cesare Ripa, à savoir une recherche archéologique et historienne des origines et la définition d'un sens commun ou total, est encore à l'œuvre. Pourtant, il peut exister des luttes de sens qui se nouent soit autour de l'utilisation d'un symbole, soit autour du message implicite qu'une représentation est censée imposer. Dans le premier cas, nous le verrons, il peut arriver qu'un même symbole produise deux effets différents et concurrents, selon les configurations dans lesquelles il est utilisé. Ainsi, à la fin du XV<sup>e</sup> et au début du XVI<sup>e</sup> siècle, le bandeau mis sur les yeux des juges ou de Justice peut tout aussi bien servir à souligner leur majesté, comme dans l'illustration de l'*Enseignement de vraie justice*, ou à les tourner en ridicule, comme dans une planche de la *Constitutio criminalis bambergensis*. Dans le second cas, il s'agit de renverser le sens d'une représentation, et ainsi imposer une interprétation concurrente et subversive. Par exemple, en 2013, le street-artiste britannique Banksy fait ériger de nuit une statue de plus de 6 mètres de haut dans un square londonien. Cette statue reprend en tous points les codes des représentations communes et dominantes de la justice puisqu'elle est faite selon le

<sup>6</sup> Pierre BOURDIEU, « Postface », Erwin PANOFKY, *Architecture gothique et pensée scolastique...*, op. cit., p. 152.

<sup>7</sup> Marc BLOCH, *Apologie pour l'histoire, ou métier d'historien*, Paris, Armand Colin, 2002, p. 53 sq.

<sup>8</sup> Carl E. SCHORSKE, *Vienne, fin de siècle : politique et culture*, Paris, Seuil, 1983 2<sup>e</sup> éd., traduction Yves Thoraval et Éric Vigne.

modèle de la statue trônant sur le toit de la *London central criminal court*. À quelques détails près : elle porte un bandeau sur les yeux (l'originale n'en porte pas) et elle tient la balance dans sa main droite et l'épée dans sa main gauche (c'est l'inverse pour la statue originale). Surtout, sa robe est ouverte depuis son nombril laissant apparaître un sous-vêtement et des jambières de cuir ; elle porte également à sa jambe droite une jarretière. Le renversement de sens ici est évident puisqu'il s'agit de montrer que la Justice n'est pas « pure » mais corrompue. L'adjonction du bandeau peut alors souligner aussi une infirmité : elle est aveugle. Au moyen du rire et de l'ironie, l'artiste entend contester à la justice ce qu'elle revendique comme lui étant propre (l'impartialité et la pureté), de sorte qu'il est impossible de lui faire confiance (comme l'atteste une pancarte posée sur le socle de la statue et qui commande de ne croire personne, *Trust no one*). On voit là qu'il n'y a pas de sens unique, mais bien une lutte pour imposer un sens commun, ce qui demande encore de replacer les usages des allégories et symboles dans leurs contextes de production et de réception.

Il ne faut pas perdre de vue que le symbole tente d'imposer un sens, une vision, une représentation ; en cela il participe de cette violence symbolique, décrite et analysée par Pierre Bourdieu, qui impose une vision du monde social. Autrement dit, l'intérêt du symbole réside peut-être moins dans le secret qu'il semble contenir (mais est-ce vraiment un secret dès lors que ce symbole « parle » immédiatement à ceux qui ont les codes culturels pour le « lire » ?), et dont il faudrait décrypter le message, que dans le pouvoir formidable qu'il cache et dans les luttes de sens qui se nouent autour de sa signification pour imposer « une » vision, un sens commun. Erwin Panofsky reconnaissait dans un symbole plusieurs niveaux de significations. Dans une signification qu'il appelait « secondaire ou conventionnelle », qu'il opposait à une signification primaire ou naturelle, il évoquait « l'entendement », c'est-à-dire le sens délibérément communiqué « à l'acte pratique chargé de le transmettre »<sup>9</sup>. Produire et atteindre cette signification (la recevoir et la comprendre) demandent au préalable d'avoir les codes, c'est-à-dire d'avoir assimilé la culture qui produit et permet d'identifier pratiquement ces codes. De fait, le symbole « parle » immédiatement à celui qui le regarde, s'il en a préalablement intégré le sens. C'est un « cela va de soi » qui renvoie à des représentations communes intégrées et par-là signifiantes. Pour autant, cela ne veut pas dire que le sens ne puisse être détourné et changé par des références à d'autres registres de significations.

### **Des bandeaux au bandeau : l'imposition d'un sens commun**

L'histoire du bandeau de Justice est une histoire bien connue, souvent reprise depuis la grande étude d'Ernst von Moeller<sup>10</sup>. Même si elle s'enrichie d'analyses du

<sup>9</sup> Erwin PANOFKY, *Essais d'iconologie, thèmes humanistes dans l'art de la Renaissance*, Paris, Gallimard, 2005 (1<sup>ère</sup> éd. anglaise 1939, française 1967), p. 15.

<sup>10</sup> Ernst VON MOELLER, « Die Augenbinde der Justitia », *Zeitschrift für christliche Kunst*, a. 18, n° 4, 1905, col. 108-122 et col. 141-152. Voir aussi sur l'histoire des allégories de la Justice : Rosario V. CRISTALDI, « La benda della Giustizia », *Quaderni catanesi di studi classici e medievali* vol. 3, 1981, p. 349-382 ; Otto Rudolph KISSEL, *Die Justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der Bildenden Kunst*, München, Beck, 1984 ; Adriano PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino,

contexte philosophique (le renversement d'une philosophe médiévale de la « clarté »)<sup>11</sup>, politique (la montée en puissance d'une justice répressive d'État)<sup>12</sup>, voire institutionnel (le bandeau représentant la nouvelle légitimité de l'institution judiciaire à l'époque moderne, désormais justice qui « s'élève et s'isole »)<sup>13</sup>, cette histoire semble fixée. Rappelons en les grandes étapes, qui iraient d'un bandeau de la dérision à un bandeau de la sublimation. Erwin Panofsky les a résumées, à sa façon : « Le personnage de la Justice aux yeux bandés, notamment, n'est qu'une élucubration d'humanistes, et son origine est toute récente »<sup>14</sup>. Dans la note infrapaginale qui accompagne son commentaire, il poursuit :

« E. von Mueller a traité à fond du problème de la « Justice aveugle », et il apparaît que cette idée est fondée sur une allégorie « égyptienne », transmise par Plutarque et Diodore de Sicile : le juge principal était représenté sans yeux, en signe de son impartialité, tandis que ses collègues n'avaient pas de mains, pour ne pouvoir toucher aux présents de la corruption. Ce concept discutable était étranger à l'antiquité classique, qui imaginait au contraire la Justice avec des yeux perçants, propres à inspirer l'effroi (Aulu-Gelle, *Noctes Atticae*, XIV, 4). La conception égyptienne ne s'imposa qu'après que les humanistes du XVI<sup>e</sup> siècle l'eurent redécouverte. La Justice aux yeux bandés apparaît pour la première fois vers 1530 : dans la *Narrenschiff* de Sebastian Brant (1494, traduction latine en 1497), le fou bande encore les yeux de la justice pour l'empêcher d'accomplir sa mission véritable. Dans l'*Iconologia* de Cesare Ripa, « Giustizia » est la seule personnification dont les « occhi bendati » soient interprétés en sens favorable, par contraste avec « Ambitione », « Cupido », « Cupidità », « Errore », « Favore », « Ira », « Ignoranza » et « Impeto ». Mais même ici, le motif est restreint aux représentations de la Justice Humaine, alors que la Justice Divine a des occhi miri ; c'est pourquoi, dans quelques livres plus tardifs qui traitent de l'*utrumque ius*, la Justice apparaît avec deux têtes, dont l'une est aveugle et l'autre a des yeux clairvoyants ».

Reprenons cette histoire désormais classique. La première apparition du bandeau serait celle contenue dans *Das Narrenschiff* du juriste Sébastien Brant. L'ouvrage, paru en 1494, comporte une planche qui montre un fou posant un bandeau sur les yeux d'une Justice en majesté tenant ses attributs traditionnels, la balance et le

---

Einaudi, 2008 ; Christian Nils ROBERT, *Une allégorie parfaite : la justice : vertu, courtisane et bourreau*, Genève, Georg, 1993.

<sup>11</sup> Boris BERNABE, « *Justitia pudica*. Une représentation de la justice aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles », *Europe XVI et XVII. Réalité et représentations de la justice*, n° 17, 2012, p. 45-78.

<sup>12</sup> Mario SBRICCOLI, « La triade, le bandeau, le genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la Justice du Moyen Âge à l'âge moderne », *Crime, Histoire et Sociétés*, vol. 9, n° 1, 2005, p. 33-78.

<sup>13</sup> Robert JACOB, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'or, 1994, p. 237.

<sup>14</sup> Erwin PANOFSKY, *Essais d'iconologie...*, op. cit., p. 166.



glaive (Ill. 1). Le comique ou l'ironie de la situation, d'une justice aveugle, est immédiatement perceptible. D'où l'interprétation qui en est faite dans les études portant sur le bandeau : le bandeau est alors regardé comme un signe négatif, d'infirmité. Si la Justice a les yeux bandés, c'est qu'elle est aveugle et ne peut donc correctement remplir son office. À l'appui de cette interprétation, on remarque que le bandeau est un symbole, un attribut négatif dans d'autres compositions et configurations. L'interprétation semble confortée par une deuxième apparition du bandeau « négatif » dans la *Constitutio Criminalis Bambergensis* publiée en 1507 (Ill. 2). L'influence de *Das Narrenschiff* semble ici évidente, puisque la planche montre un tribunal composé de juges-fous aux yeux bandés. La justice et le fou sont désormais fondus en un seul personnage, liés par un bandeau qui rappelle, par dérision, l'aveuglement des juges. La représentation illustre d'ailleurs un texte très explicite, dont elle souligne le sens et accentue la portée : « *Auff boese gewonheyt urteyl geben, Die dem rechten wider streben, Ist diser blinden narren leben* ». Là, le juge n'est pas aveuglé par un fou (un plaideur qui tenterait d'allonger la procédure et faire oublier ses turpitudes), mais un manque de savoir, ou plutôt un mauvais savoir puisqu'il ne se réfère pas à cette *ratio scripta* qu'est le droit romain. Dans un troisième temps, si bien analysé par Mario Sbriccoli, la figure de Justice bandée se diffuserait dans un espace germanique soumis à la publication de la *Carolina*, et accompagnerait ainsi la mise en place d'une justice étatique sévère et soucieuse de se donner à voir telle quelle. Il note ainsi que c'est seulement après 1532 que les palais de justice, les fontaines de justice, les mairies se parent dans l'Empire de représentations terribles de Justices au bandeau, nouvel attribut « positif » censé renforcer une apparence devenue martiale<sup>15</sup>. Cette « réinterprétation » du bandeau prend plus largement place dans la diffusion d'une culture humaniste dans les milieux lettrés (dont font évidemment partie les artistes et les juristes) qui s'appuie désormais sur l'emblématique et l'iconologie pour trouver et définir le sens des allégories et des symboles. Les ouvrages d'André Alciat et plus tard de Cesare Ripa font alors office de répertoires symboliques communs et presque indépensables. Dans une quête archéologique et érudite de sens, ils fixent la signification du bandeau, l'attachant aux yeux de Justice ou des juges pour valoriser les qualités d'écoute et de neutralité.

Mais cette histoire, cette archéologie du bandeau, ne tient pas car elle repose sur une analyse des origines qui semblent pouvoir être mise en doute, et sur une interprétation qui ne paraît pas satisfaisante du « bandeau négatif ». En effet, sur ce dernier point, il faut remarquer que par lui-même le bandeau n'est pas un attribut négatif, puisqu'il faut la présence du fou dans *Das Narrenschiff* ou des bonnets à clochettes dans la *Constitutio Criminalis Bambergensis* pour que le bandeau soit « lu » de manière négative. Il ne faut pas oublier non plus que c'est le fou qui tient et place le bandeau sur les yeux de Justice, le bandeau ne lui est donc pas directement associé, mais plutôt au fou qui use de ce stratagème pour l'aveugler. C'est bien la présence d'un second élément, lui-même signifiant la dérision qui contamine, en un sens, le bandeau. On pourra objecter que le bandeau est un attribut négatif dans d'autres représentations : la Synagogue, Cupidon... Mais on peut tout aussi rétorquer que le bandeau que Fortune porte traditionnellement n'a pas d'aspect négatif. En effet, Fortune est souvent représentée avec les yeux bandés au XIV<sup>e</sup> siècle (voir Giovanni

<sup>15</sup> Mario SBRICCOLI, « La triade, le bandeau, le genou... », art. cit.

Bellini (?), *Allégorie de la Fortune ailée*, 1490, Ill. 3), le bandeau signifiant alors sa cécité dans la distribution de la faveur et des grâces<sup>16</sup>. Il lui arrive même parfois d'être assimilée à Némésis, déesse de la vengeance, même si là elle ne porte pas le bandeau (voir Albrecht Dürer, *La Grande Fortune : Némésis*, gravure, vers 1501-1503, Ill. 4). Quand Fortune, allégorie positive, porte le bandeau, il n'est pas en lui-même négatif. Bien au contraire, il assimile et rehausse le caractère positif de la figure qui le porte. Si Justice, autre figure positive car tout à la fois vertu cardinale et fonction royale, porte un bandeau, il ne saurait être en lui-même négatif sans un élément qui lui donne ce sens particulier. De sorte que c'est soit la personne (négative) qui porte le bandeau, soit la configuration (négative) dans laquelle il est utilisé qui en font un attribut négatif. En conséquence, il n'y a jamais eu une première phase dans laquelle le bandeau porté par la Justice a revêtu une seule et unique signification négative, celle de la cécité qui pervertit et divertit son jugement. La quête d'une origine ne donne pas de clé satisfaisante pour interpréter le bandeau. Cette conclusion se trouve renforcée par le fait qu'à peu près au même moment où paraît *Das Narrenschiff*, *Les enseignements de vraie noblesse* portent une illustration toute positive de dame Justice aux yeux bandés<sup>17</sup>. Il s'agit d'une enluminure d'un manuscrit datant de la seconde moitié du XV<sup>e</sup> siècle (et pour certains de 1440)<sup>18</sup> où l'on voit la justice avec un bandeau sur les yeux. Le texte accompagnant l'enluminure (BR, ms 11049, fol. 95) décrit ainsi la Justice :

« A la main destre est justice en cheveulx espars habille en guise de Royne les yeulx bandez assise sur ung hault trosne tenant lespee en sa main a son coste justice de deux ou trois facons comme pendre tranchier testes et gens mis sur roes. Et soubs ses pies pluseurs gens joyeux qui par le moyen de justice vivent en paix. Et comme gens dansans et jouant de plusieurs instrumens. Et aucuns seans a table et banquetans sur lerbe verde ».

Le bandeau de Justice, bien antérieur à la représentation de la *Nef des fous* n'a aucune valeur négative. Tout au contraire. Il rehausse la majesté de Justice, d'une justice humaine aveugle aux passions, aux parties, et qui distribue récompenses et châtiments en toute équité, selon mérites et démérites. Le bandeau signifie ici que la Justice est sacrée, qu'elle est d'essence divine, et qu'elle se déploie non pas aveuglément, mais raisonnablement, car elle est une affaire de conscience, de for intérieur. Le bandeau donne à voir cette conscience en exercice, cette raison qui lui permet de rendre l'équité effective. Cette enluminure montre bien qu'il n'y a pas, dans un pseudo premier âge de l'utilisation du bandeau, un sens préfixé et homogène : celui d'un aveuglement négatif. Le bandeau, selon qui le porte, comment et en quelle occasion il est porté par Justice, dicte à l'interprétation de l'allégorie un sens positif ou

<sup>16</sup> Sur la Fortune, voir : Florence BUTTAY-JUTIER, *Fortuna. Usages politiques d'une allégorie morale à la Renaissance*, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2008.

<sup>17</sup> Voir : Barbara MOREL, *Une iconographie de la répression judiciaire. Le châtimement dans l'enluminure en France du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éditions du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2007, p. 20-21.

<sup>18</sup> Bernhard STERCHI, « Hugues de Lannoy, auteur de l'*Enseignement de vraie noblesse*, de l'*Instruction d'un jeune prince* et des *Enseignements paternels* », *Le Moyen Âge*, 2004/1, t. CX, p. 79-117.

négalif. C'est alors un attribut polysémique, malléable, dont le sens n'est pas fixé, réglé, cristallisé. Pour cela, il faut attendre l'humanisme triomphant du XVI<sup>e</sup> siècle.

Le sens du bandeau, tel que nous le décryptons encore, se cristallise bien au XVI<sup>e</sup> siècle, quand les justices étatiques, principalement dans le Saint-Empire Romain et en France, se déploient et rencontrent la diffusion de l'humanisme juridique. *Domitia Justitia* ne représente plus seulement la vertu, mais bien l'institution judiciaire du prince. La Dame aux yeux bandés porte le message d'une justice impériale ou royale supérieure, terrible, armée, mais sage. Le bandeau qui commence à recouvrir ses yeux est à la fois justifié par la référence aux antiquités redécouvertes et réinterprétées par les humanistes (voir les fréquents réemplois analysés par Panofsky de Plutarque et Diodore de Sicile) et par la référence à la conscience du juge guidée par l'équité. La Justice porte le bandeau pour trouver le juste équilibre dans le poids des responsabilités et donc dans le choix des châliments, comme le montre une illustration du livre, au succès immense, de Josse de Damhoudère dans laquelle la Justice a deux visages, l'un avec un bandeau et l'autre sans. C'est du côté du visage au bandeau que la main de Justice tient la balance... (Ill. 5)<sup>19</sup>. Le partage entre juristes de références communément acceptées conforte la création d'une culture juridique commune qui se fixe autour de référents et de symboles communs. C'est le partage de la raison humaniste qui vient définitivement donner au bandeau de justice un voire deux sens désormais largement acceptés, qui dotent les représentations communes de la justice de nouveaux attributs. Ainsi, les ouvrages d'André Alciat et surtout de Cesare Ripa sur le sens à donner aux symboles vont faire figure de répertoires communs dans lequel artistes et juristes évoquant la Justice vont puiser :

« Donna vestita di bianco, habbia gl'occhi bendati; nella destra mano tenga un fascio di verghe, con una scure legata insieme con esse, nella sinistra una fiamma di fuoco et a canto haverà uno struzzo, overo tenga la spada et le bilancie. Questa è quella sorte di Giustitia che esercitano ne' Tribunali i giudici et gli essecutori secolari. Si veste di bianco, perché il giudice dev'esser senza macchia di proprio interesse o d'altra passione che possa deformar la Giustitia, il che vien fatto tenendosi gl'occhi bendati, cioè non guardando cosa alcuna della quale s'adopri per giudice il senso nemico della ragione. Il fascio di verghe con la scure era portato anticamente in Roma da littori inanzi a' Consoli et al Tribuno della Plebe, per mostrar che non si deve rimanere di castigare, ove richiede la Giustitia, né si deve esser precipitoso, ma dar tempo a maturare il giuditio nel sciorre delle verghe »<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Joost de Damhoudere, *Praxis rerum civilium: praetoribus, propaetoribus, consulibus, proconsulibus, magistratibus, reliquisque id genus iustitiaris ac officiaris in quacunque republica forenses administrationes assumuntibus apprime utilis & necessaria*, Antuerpiae, Apud Ioannem Bellerum, 1567.

<sup>20</sup> Cesare RIPA, *Iconologia, ovvero, Descrittione dell'imagini universali cavate dall'antichità et da altri luoghi*, da Cesare Ripa, opera non meno utile che necessaria à poeti, pittori et scultori per rappresentare le virtù, vitij, affetti et passioni humane, Roma, Giovanni Gigliotti, 1593, p. 188, « Giustizia ».

Le sens du bandeau est bien celui de la raison, de la conscience du juge, qui guide non pas seulement son impartialité, mais sa soumission à l'équité, au droit naturel qui doit le guider dans l'application des lois. On peut vérifier l'importance de la diffusion et des appropriations de ce répertoire symbolique dans quelques œuvres des juristes français des XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup> et même du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ainsi, Jean Ayrault : « Qu'on peint à cette occasion la iustice bandée, et ne luy laisse l'on que l'ouye libre. Nous disons, que la iustice, pour estre bandée, n'est pas aveugle, que pendant qu'elle cherche la verité (ce qui se faict en instruisant), elle ouvre à bon escient les yeux. Est-elle trouvée ? Elle les bande pour juger »<sup>21</sup>. Le lieutenant criminel au présidial d'Angers montre que l'image d'une justice aux yeux bandés est reçue par les praticiens qui s'en servent pour éclairer, y compris dans des traités de procédure, leur propre pratique. L'usage du bandeau est ici limité à la peine, c'est-à-dire à l'arbitraire du juge criminel, qui doit effectuer son arbitrage des peines dans le sens de l'impartialité, de la neutralité. Le choix de la peine est le temps où le juge se retrouve seul avec sa conscience face au jugement. Sa solitude est ici symbolisée par le bandeau qui le protège de toutes influences néfastes. D'une manière beaucoup plus théorique et référencée, et pour cause puisqu'il s'agit d'une réflexion théorique sur le bon juge développée par un professeur de droit civil à Toulouse (et aussi conseiller au parlement de la même ville), Jean de Coras estime :

« La vraye et parfaicte integrité qui comprend et comble toutes les parties, est d'avoir toujours son but et desseing, de n'esbranler jamais de la rectitude, soit par crainte, haine, grace, ou cupidité, qui sont les quatre moyens qui pervertissent pernicieusement le jugement humain : par crainte, quand d'offenser un plus grand, nous craignons de dire la vérité et opiner librement selon la justice de la cause : par haine, quand nous desirons : par ce moyen nous venger de nostre ennemy : par grace, quand nous tachons en jugement gratifier et favoriser nostre amy : par cupidité, quand par dons et presens, nous laissons pervertir et corrompre nos jugements. Il faut donc, disoit Innocent quatriesme, que le juge porte en ses mains la balance, et que les bassins d'icelle fasse le contrepoids esgal, ayant en ses jugements Dieu seul, et ses commandemens devant ses yeux » (p. 45) ; « En quatriesme et dernier lieu, il ne suffit pas à un bon et droicturier juge d'estre exempt des passions de crainte, de haine, et de saveur, si encore il n'abhorre toute esperance de manière de dons et presens quelconques, lesquels troublent l'entendement des justes, aveuglent les yeux aux juges, les divertissent de la droit voye, et les acheminent a toute injustice » (p. 54-55)<sup>22</sup>.

Ce qui aveugle le juge n'est pas le bandeau, mais la cupidité, la corruption, la haine, tout ce qui le divertit de sa mission. Pour ne pas se laisser divertir, il doit avoir Dieu devant les yeux. C'est là un lieu commun : les juges jugent avec Dieu devant

<sup>21</sup> Pierre AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction iudiciaire*, dont les anciens Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques (sinon qu'ils ayent commencé à l'exécution) cond=feré au style usage de nostre France, Paris, Laurent Sonnius, 1615, 2<sup>e</sup> édition (1576), p. 547.

<sup>22</sup> Jean DE CORAS, *Discours des parties et office d'un bon et entier juge*, Lyon, Barthelemy Vincent, 1618 2<sup>e</sup> édition (1596).

leurs yeux, c'est-à-dire sous son autorité, sous son regard, et sous les hospices du droit naturel. L'équité doit commander leurs jugements, équité qu'ils trouvent en eux, par un retour sur soi qui impose un aveuglement aux choses extérieures. Dans cette représentation du juge, la cécité n'est pas aveuglement, mais une manière de mieux obéir à la raison. Plus tard, Guillaume de Ségla reprend dans un cadre moins théorique, puisqu'il ne s'agit pas d'écrire une réflexion sur le travail des juges, mais bien de les montrer au travail, cette représentation dans ses aspects pratiques : « Le moyen de rechercher la verité et de s'acquitter de son devoir, c'est d'avoir la crainte de Dieu devant les yeux et juger selon les loix » (p. 115) ; « Toutefois, la Justice a les yeux clair-voyans, et perce et penetre a travers ces obscuritez, et ne sert de rien de lui farder et desguiser la verité, elle recoignoist par là le mensonge » (p. 160)<sup>23</sup>. On le voit, la dialectique clairvoyance / cécité entre parfaitement dans l'usage du bandeau : il ne signifie pas l'aveuglement, qui n'est pas une qualité de justice, mais la clairvoyance. Le bandeau symbolise l'effort du juge pour juger avec Dieu devant les yeux, pour ne pas se laisser influencer par les artifices, les manœuvres, les corruptions des parties et de leurs avocats. Le bon juge est aveugle à tous ces stratagèmes, et, à l'aide du bandeau qui le protège, il peut apercevoir l'équité qui est le vrai siège de la justice. Cette interprétation du bandeau est synthétisée avec de grands détails par le grand compilateur Bernard de La Roche Flavin :

« Aulu Gele en la figure et description de justice donne tous les epithetes, qui appartiennent au bon juge ; il le veut grave, saint, severe, incorrompu, non subjeçt à estre amadoué, n'ayant point de misericorde des méchants, inexorable, droict, et entier, puissant, et reformidable à raison de son équité et verité. *Gellius lib.14.cap.4*. Car l'intégrité du juge principalement consiste, à n'estre point acceptateur des personnes ; avoir seulement esgard a la cause, et à la pure et sincere nature de l'affaire, procès ou négoce, qui se propose, sans respecter aucun, soit citoyen ou étranger ; amy ou ennemy ; pauvre ou riche ; noble ou roturier. [...] Il faut donc, disoit Innocent quatriesme, que le juge porte en ses mains la balance, pour faire son contrepoix esgal, ayant en ses jugements Dieu seul, et ses commandements devant ses yeux *cap.I.de re iudicata in 6*. (p.429) [...]. Au contraire des AEgyptiens et Thebains, lesquels faisoient peindre les images et portraits des juges, sans mains, un Président ayant les yeux bandés, représentant par là l'intégrité des juges, qui ne doivent estre avarés, ni favorables (p. 468) [...]. Et commençons par la teste, et par le visage. Car bien que le silence soit le pole et le pivot des grandes entreprises, il ne doit pas pourtant estre seulement pour les paroles, mais encores pour le geste et la mine : parce que les yeux et le visage sont les muets interprètes des passions de l'ame. Qui conduit un grand desseing, doit savoir non seulement conduire sa langue, mais aussi sa mine [...]. Nous avons veu en ce Parlement le sieur de la Bourgade, lequel dès que la porte de l'Audiance estoit ouverte, tenoit estant

---

<sup>23</sup> Guillaume DE SEGULA, *Histoire tragique et arrests de la cour de parlement de Tholose, contre Pierre Arrias Burdeus religieux augustin, maistre François Gairaud conseiller au seneschal de Tholose, damoiselle Violante de Bats du Chateau & autres*. Avec cent trente une annotations sur ce sujet, Paris, Nicolas Le Caille, 1613.

assis perpétuellement les yeux fichés à terre, sans les iamais mouvoir, quelle occasion qu'il y eust : sauf quand il se levoit pour opiner (p. 496) »<sup>24</sup>.

Le magistrat toulousain compile ici les différents usages du bandeau : l'impartialité, le juge face à Dieu et à sa conscience, l'importance première de l'écoute, la maîtrise des yeux (sens qui peut tromper et induire en erreur), le hiératisme (le juge doit maîtriser son regard pour maîtriser ses propres passions, étant entendu que le regard est le reflet de l'âme). Ces lieux communs sont encore diffusés et exploités au XVIII<sup>e</sup> siècle. Un exemple suffira à s'en rendre compte : « Nous remarquons seulement ici que, selon Alugelle, on représentoit autrefois la justice avec des yeux vifs et perçans, pour montrer que les juges doivent examiner avec la dernière exactitude les choses sur lesquelles ils doivent prononcer. Mais on la représente aujourd'hui avec un bandeau sur les yeux pour marquer qu'elle rend à chacun le sien, sans acception de personne, et sans rien envisager que la raison »<sup>25</sup>. Le bandeau finit par recouvrir le sens même de l'acte de juger – rendre à chacun le sien – de sorte qu'il symbolise à lui seul la Justice en ce qu'elle est une émanation de l'équité. Si depuis le XV<sup>e</sup> siècle le bandeau de Justice a pu connaître divers usages, très vite, dès la diffusion de l'humanisme, il s'est fixé autour d'un sens commun : l'équité, l'impartialité, en un mot la conscience du juge. Mais, au-delà d'un registre circonscrit mais malléable de significations (« la » justice, l'impartialité, l'équité, la conscience), le bandeau de Justice s'est imposé comme un de ses attributs naturels grâce à la diffusion d'un *habitus* humaniste qui autorise la symbolisation érudite (appel aux références antiques) de la Justice, tout comme il autorise des lectures communes et convergentes (même si les sens peuvent varier d'un auteur à l'autre et d'un lecteur à l'autre) de ces symboles. Surtout, il a autorisé à doter par réflexe, par habitude, autrement dit naturellement, le bandeau à la Justice sans même que cette association soit interrogée ou critiquée, ni même qu'un sens précis soit volontairement attaché au bandeau par l'artiste qui le noue autour des yeux de sa Justice représentée.

---

<sup>24</sup> Bernard DE LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des parlemens de France*. Esquel est amplement traicté de leur origine et institution, et des presidens, conseillers, gens du roy, greffiers, secretaires, jussiers et autres officiers ; et de leur charge, devoir, et iurisdiction, ensemble de leurs rangs, seances, gages, privileges, reglements, et mercurialles, Bordeaux, Simon Millange, 1617.

<sup>25</sup> Claude Joseph DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique*. Avec les juridictions du Royaume, Paris, Chez Savoye, 1762, t. 2, verb. Justice, p. 95.



Illustration 1 : Sebastian Brant, *Das Narrenschiff*, 1494, fol. 90.





Illustration 2 : Johann von Schwarzenberg, *Bambergische Halssgerichts Ordnung*,  
Bamberg, Hans Pfeil, 1507.





Illustration 3 : Giovanni Bellini, *Allégorie de la Fortune ailée*, 1490.

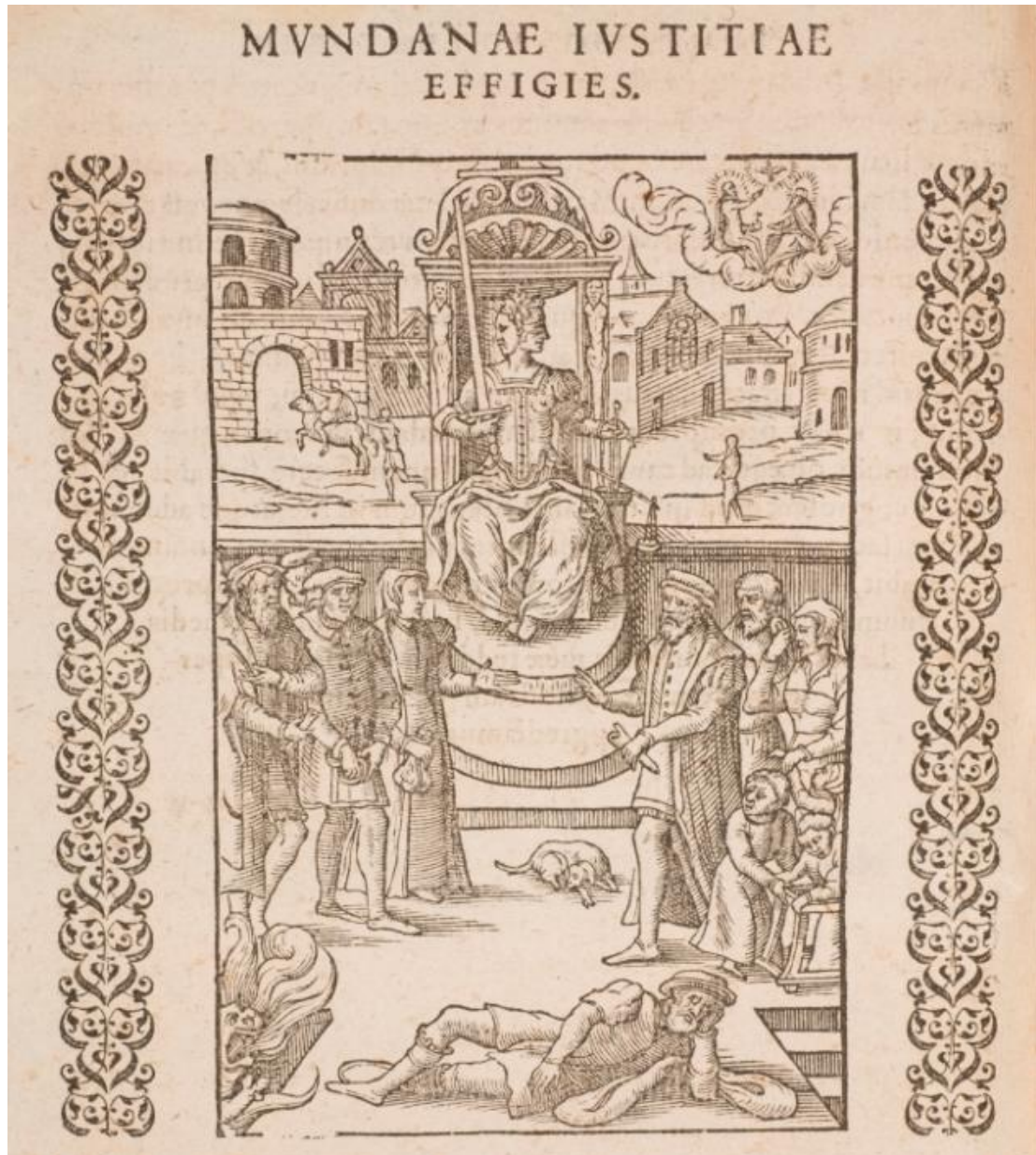


Illustration 4 : Albrecht Dürer, *La Grande Fortune : Némésis*, gravure, vers 1501-1503.





Illustration 5 : Joost de Damhoudere, *Praxis rerum civilium: praetoribus, propraetoribus, consulibus, proconsulibus, magistratibus, reliquisque id genus iustitiariis ac officiariis in quacunque republica forensem administrationem assumentibus apprimè utilis & necessaria*, Antuerpiae: Apud Ioannem Bellerum, 1567.



---

## **Le prince justicier. L'image sigillaire du comte de Toulouse (XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles)<sup>1</sup>**

**Laurent MACÉ**

Dans l'iconographie médiévale, la représentation en majesté fait appel à des signes d'autorité qui concourent à produire l'image type du gouvernant. Assis sur un trône ou sur un fauteuil, agissant seul, il tient dans ses mains des symboles forts. Depuis les célèbres travaux de Percy Ernst Schramm, il a été admis que les objets qui étaient les manifestations caractéristiques des détenteurs du pouvoir (couronne, trône, sceptre, manteau, globe) ne devaient pas être analysés *stricto sensu* : ces marqueurs sont à replacer dans leur contexte d'usage, dans les attitudes et les scènes où ils prennent place. Mais plus encore, ils doivent être appréhendés dans la perspective d'un symbolisme politique ancré dans une sémiologie religieuse qui tend à indiquer leur véritable signification. Les signes-insignes utilisés par l'homme qui est apte à décider parlent plus de ses espérances et de ses revendications, et les évoquent plus que n'importe quel autre document classique. Ce type d'approche peut se résumer par la formule « Montre-moi tes insignes et je te dirai qui tu veux être ». Le sceau produit par les comtes de Toulouse semble en être l'illustration.

60

### **Sur les genoux du prince, une épée**

L'adage précédemment cité, inventé par P. E. Schramm, révèle toute sa pertinence lorsqu'on observe le geste –invariablement le même– que font les trois derniers princes de la dynastie raimondine. Dans leur main droite serrée sur la poignée, figure une épée, posée sur leurs genoux. Sur le revers équestre de leur grand sceau, les comtes n'ont jamais brandi une telle arme, à la différence de certains princes, comme par exemple leurs rivaux plantagenêts et provençaux. Ils semblent réserver le port de l'épée à un usage bien spécifique, en relation avec leur majesté princière. Ils en font d'ailleurs une représentation éminemment personnelle, une marque qui leur est propre. Et qui intègre également la riche signification d'un attribut évoquant tout à la fois la justice, la défense coercitive de l'ordre public et la sauvegarde de l'autorité ecclésiastique. Punition et protection à la fois.

Le champ symbolique des différents usages de l'épée, allégoriques et matériels, paraît assez vaste tant cet objet polyvalent se trouve au carrefour de théories associant tout à la fois le monde moral, juridique et religieux. Il peut également résumer à lui seul le charisme du gouvernant ou sa totale absence : au début du XIII<sup>e</sup> siècle, Gervais

---

<sup>1</sup> Texte extrait de L. Macé, *Auctoritas et memoria. Représentations et pratiques sigillaires au sein de la maison raimondine (XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles)*, Habilitation à diriger des recherches, Université de Toulouse II-Jean Jaurès, novembre 2014.

de Canterbury surnomme son maître et seigneur, le roi Jean sans Terre, frère du célèbre Richard de Cœur-de-Lion, « Jean molle épée » (*Johannes mollegladius*). La connotation phallique d'une telle allégorie n'échappera à personne. Pour comprendre le sens donné à ce raccourci sémiotique figurant dans les marques comtales, il faut tenir compte du contexte d'utilisation, ainsi que de l'aspect matériel de l'arme, et de la gestuelle adoptée par son propriétaire.

Première observation : sur le sceau du comte Raimond VI (1195-1222), sont visibles un pommeau en forme de disque, une grande poignée, une garde courte à quillons droits, une lame au profil élancé et à pointe spatulée. L'arme semble dépasser la longueur du bras, ce qui correspond effectivement au gabarit des épées de ce temps (environ un mètre de long).

Deuxième constat : l'épée disposée nue sur les genoux des comtes de Toulouse n'est pas la traditionnelle épée tenue en pal, dressée à la verticale, qu'exhibent alors sur leurs sceaux des rois tels que Richard Cœur-de-Lion ou Alphonse II d'Aragon. Ce geste particulier se retrouve également sur la façade d'une primatiale que les Raimondins connaissent bien, à savoir la cathédrale Saint-Trophime d'Arles. Y figure sur le portail une représentation du souverain Hérode, assis sur son trône, et tenant cette arme d'une façon identique alors qu'il s'apprête à recevoir les rois mages au sein de sa cour (dernière décennie du XII<sup>e</sup> siècle). Mais l'effigie à l'épée qui apparaît sur les sceaux est une adaptation visuelle d'une autre citation vétéro-testamentaire, évoquant cette fois-ci un roi bien plus valorisant que le précédent : le vénérable Salomon. La scène que donnent à voir les princes toulousains, en lien avec ce qu'ils tiennent dans la main gauche, c'est-à-dire leur palais comtal –qui est aussi un lieu de détention– est une allusion directe à l'exercice de la justice. Une justice dont la vérité émane du recours potentiel à un instrument qui doit permettre de trancher dans le vif du sujet, comme le laisse entendre le fameux épisode du jugement de Salomon (*Livre des Rois*, 3, 16-28). Il s'agit là d'une citation biblique qui a connu un certain succès depuis que Charles le Chauve a su la mettre en valeur au IX<sup>e</sup> siècle, notamment dans une célèbre miniature peinte dans un manuscrit connu sous le nom de *Bible de Saint-Paul-hors-les-murs* (Rome, v. 869).

---

61

## Une polysémie polymorphe

C'est aussi comme symbole de l'application de la justice que l'épée apparaît à la fois dans l'empire romain, à travers le *jus gladii*, ainsi que dans le *Nouveau Testament* où elle est l'apanage du prince, ministre de Dieu (*Épître de Paul aux Romains*). Progressivement, au cours de la période médiévale, lorsqu'elle est sortie de son fourreau et tenue en pal par les empereurs et les rois, elle devient l'un des principaux *regalia* portés par une autorité publique qui se dévoile aux yeux de tous comme l'organe de défense de l'Église et comme garante d'un ordre pacifique. Dans l'iconographie, l'épée tend à rappeler la légitimité morale d'un puissant qui vise par cet instrument à exprimer la plénitude de son pouvoir justicier.

Il en est ainsi dans la documentation iconographique produite dans l'entourage princier. À l'intérieur de la lettre initiale qui ouvre, en 1205, le cartulaire de la cité de Toulouse, le comte raimondin figure en majesté, montrant de la main gauche le rouleau de privilèges qu'il accorde à l'ensemble de ses sujets. Dans le médaillon

médian, le personnage qui figure en dessous de lui n'est autre que son représentant, le viguier municipal. Cet agent est responsable de la police et de l'application des sentences rendues dans la cour des comtes, lesquels sont aidés et conseillés par les membres du collège consulaire. Il est donc cohérent de voir paraître cet officier assis sur un coussin, tenant une épée nue sur son épaule droite, représentation devenue classique pour illustrer la prestigieuse charge qui est la sienne.

D'autres documents peints, postérieurs de quelques décennies, se trouvent dans le *Livre des coutumes de Toulouse* (1296). Dans une de ces pages décorées, on reconnaît le viguier menant le cortège armé qui escorte un condamné vers le pilori. L'officier porte une épée, sortie de son fourreau et dressée sur son épaule. On la retrouve également à un autre moment, alors que se déroule une spectaculaire scène d'émasculatation. L'un des subalternes du viguier brandit une arme dotée d'une lame effilée et pointue tandis que l'agent communal tient à nouveau une large épée à bout arrondi. Il en est de même ailleurs, quelques scènes plus loin, lorsque ledit officier assiste à l'ébouillement d'un malfaiteur.

Instrument qui paraît plus symbolique que réel, ce type d'épée semble manifester l'expression de la justice publique. Utilisée dans d'autres régions pour procéder à la décollation, elle est appelée dans ce cas « épée de justice ». Un exemplaire allemand, datant de l'époque moderne, possède quelques analogies avec le modèle toulousain présent sur les sceaux du XIII<sup>e</sup> siècle. Sans pouvoir se prononcer de façon définitive sur un rapport véritable entre forme et fonction, matérialité et symbolique, cette comparaison permet cependant de confirmer que les comtes veulent être perçus comme ceux qui détiennent le pouvoir d'user de la force, de trancher avec équité, selon l'image que renvoient pleinement les deux fils égaux d'une lame qui se trouve pour l'instant au repos. Comme si, avant d'intervenir en dernier ressort, le prince se devait en premier lieu d'écouter, suivant avec sagesse le *Livre des proverbes* de Salomon.

De l'épée ou du glaive, il en est beaucoup question dans les écoles parisiennes de la première partie du XII<sup>e</sup> siècle, avant que ce sujet ne soit développé dans l'entourage du pape Alexandre III (1159-1181), peu après le moment où Raimond V (1149-1194) a conçu la matrice de son premier grand sceau (1154). Le thème fait irruption dans les cours des puissants, y compris sous le propre calame du comte puisque lui-même avouerait dans la pseudo lettre adressée au chapitre général de Cîteaux, en 1177, qu'il est détenteur de cet instrument divin : « moi, qui suis armé d'un des deux glaives divins et qui, je le reconnais, suis établi pour être le vengeur et le ministre de la colère de Dieu ». La théologie et l'exégèse médiévales de la période post-grégorienne alimentent à l'envi cette doctrine sur l'autorité à partir de l'allégorie des deux glaives symboliques, temporel et spirituel, que se partagent gouvernants et hommes d'Église. Ces derniers acceptent de déléguer aux premiers un pouvoir de coercition, celui de faire régner la justice et la paix ici-bas. Cette théorie sur la dualité des puissances, énoncée entre autres par Bernard de Clairvaux au milieu du XII<sup>e</sup> siècle, est au cœur du débat idéologique que nourrissent certains intellectuels au service des souverains. *Auctoritas* ecclésiastique et *potestas* princière permettent *a minima* l'exhibition ostentatoire d'une arme comme l'épée. Ainsi, chez les princes Plantagenêt, dans les années 1160, les *Assises de Clarendon* renouvèlent l'existence d'un monopole royal dans

le jugement de certains délits, comme le meurtre, le brigandage ou le vol. Ce sont des cas dits « plaids de l'épée » (*placitum que de spata vocuntur* ou *placitum gladii*).

À l'image du Christ en majesté, sévérité et fermeté impliquent aussi mansuétude. À travers le grand sceau, la miséricorde, vertu cardinalice de la justice princière, invente un moyen efficace de se donner à voir. Message qui prend tout son sens durant la délicate période de la croisade contre les Albigeois (1209-1229) où trahisons et retournements d'alliance doivent être appréciés à l'aune de la *real politik*. Dans ce contexte, l'office princier consiste à garantir la paix à tous les sujets, sans aucune distinction. Investi de cette mission, le comte, selon les préceptes augustinien qui dominent alors dans les cercles lettrés, est l'initiateur et la caution d'un bon gouvernement qui réside avant tout dans une justice équitable. N'est-ce pas lui qui assure le maintien de la paix publique voulue par Dieu ? Une paix publique que tendent à rappeler les trois lettres P A X qui figurent au revers des deniers, oboles et autres pites frappés dans les ateliers monétaires de Toulouse.

Expression de la *potestas* comtale et symbole de la mission de protection due à l'Église, l'épée s'avère être effectivement à double tranchant. La fameuse lettre expédiée aux frères de Cîteaux laisse entrevoir la difficulté d'un prince à lutter contre l'hérésie, combat qui fait pourtant partie de ses principaux devoirs. La répression de l'hétérodoxie par Raimond V et ses descendants est comprise dans leur si particulière pose en majesté, l'épée en main. Image qui ne colle guère à la réalité du contexte toulousain, du moins au goût des hommes gravitant dans l'orbite pontificale à la charnière des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles.

## **Le château Narbonnais : une architecture de réforme**

63

Dans l'autre main, la gauche, les comtes de Toulouse tiennent, à l'instar d'une maquette d'architecture, la réplique d'un édifice que l'on identifie traditionnellement comme étant leur palais, le célèbre château Narbonnais. Il s'agit ici de sa première représentation iconographique. Ce monument adopte un aspect d'autant plus spectaculaire qu'il vient de faire l'objet d'une importante campagne de travaux, comme l'ont montré les récentes fouilles archéologiques menées sur le site de l'actuel Tribunal de grande instance. Les conclusions de Jean Catalo et de son équipe sont du plus grand intérêt pour la lecture de la matrice comtale ainsi que pour l'appréhension de la morphologie d'ensemble de cette forteresse médiévale. L'aménagement de l'ancien accès méridional de la cité antique, la porte Narbonnaise, est particulièrement soigné et renforcé puisqu'il donne naissance à un complexe résidentiel dont l'élévation s'appuie initialement sur les deux tours à talons de cette entrée (elles ont, par ailleurs, la particularité d'avoir un plan à pans coupés externes). Dans un deuxième temps a lieu la construction –en avant de la porte afin de la barrer complètement– d'un grand mur bouclier qui vient circonscrire l'ensemble de l'édifice quadrangulaire. Cette façade à parement de briques est plutôt imposante : 28 m de longueur, 2,40 m de large –soit une largeur égale à celle du rempart antique– pour 6 m de hauteur. En raison de la présence de cette forteresse rénovée, la nouvelle entrée de la cité se trouverait déplacée du côté oriental, à proximité du rempart gallo-romain.

La chronologie de cette « castralisation » de la porte Narbonnaise s'établit entre 1155 et 1175, avec une probabilité assez forte à retenir pour les années 1170. Les

données archéologiques confèrent une autre valeur au sceau comtal qui semble entretenir un rapport direct avec la réalité morphologique de son temps. Elles confirment le caractère résolument militaire et compact de la forteresse qui était dominée par une tour d'angle, assez haute (35 m) et massive (18 x 10 m), surplombant l'entrée du bâtiment palatial. Son aspect et sa taille détonnaient dans le paysage au point qu'elle fut appelée « haute tour, tour Ferrande, tour Gaillarde » ou encore « tour blanche » au XIII<sup>e</sup> siècle. En raison de son emplacement, cette fortification rectangulaire au soubassement de pierre –ancien élément de la porte antique situé dans l'aile orientale du château– apparaît désaxée par rapport à la configuration castrale. Disposition et physionomie qui correspondent, dans un relatif degré de réalisme mimétique, à la « maquette » figurant sur l'empreinte de 1204. Cette dernière serait de la sorte un témoignage contemporain de la refondation réalisée par Raimond V. Car il semble bien s'agir de cela. Sur le sceau, le geste du prince est assez similaire à une certaine iconographie présentant des laïcs ou des prélats bienfaiteurs qui, agenouillés, offrent pieusement à Dieu, les abbayes et les collégiales qu'ils fondent ou les églises cathédrales dont ils financent les coûteux chantiers de rénovation. Et l'ampleur des travaux accomplis sur l'ensemble du site castral (refonte du château, déplacement d'axe de la porte Narbonnaise et modification du système fossoyé) illustre la ferme volonté du comte d'imposer son autorité dans cette partie même de la ville. Cependant, le fragment d'empreinte d'un sceau, daté de 1183, nous amène à proposer une chronologie autre que celle qui fut livrée de prime abord par les archéologues. Le château, massif et imposant, que tient Raimond V dans sa main, n'est pas encore celui que l'on voit sur la marque de 1204. Les aménagements observés en fouilles ne sont pas perceptibles dans cette figuration castrale qui demeure pour le moins sommaire. La campagne de travaux semble donc se poursuivre au-delà de 1180 pour finalement s'achever dans la dernière décennie de ce principat.

### ***Aula et prison***

Sur l'avvers de majesté, le choix du château comme second attribut permet de compléter le discours porté sur le caractère judiciaire du pouvoir raimondin. Le château Narbonnais est certes le palais du prince, sa fonction résidentielle est manifeste, mais c'est également l'endroit où est rendue la justice du comte et des consuls. C'est d'ailleurs là que se trouve le principal lieu de détention de la ville. Les cachots de la prison de la viguerie sont installés dans la tour maîtresse, symbole particulièrement visible dans le paysage urbain, du droit de punir que partage Raimond avec les élites du bourg et de la cité de Toulouse. Le bâtiment rénové n'est pas seulement montré comme assise monumentale du pouvoir. Il ne faut pas le considérer de façon isolée dans sa représentation de cire mais il faut le lire à travers un mouvement de va et vient qui est accompli avec l'autre geste du bras, le droit, garni d'une arme qui peut être dégainée selon le bon vouloir du prince. Le château se définit dans un lien dialectique fort avec l'épée de justice. Ce sont deux éléments, deux instruments de l'appareil judiciaire, qui fonctionnent en résonance, qui entretiennent une correspondance directe à travers cette « monstration », une scène aulique qui est livrée aux yeux des récepteurs du sceau.



On ne peut négliger non plus l'affirmation symbolique qui émane de cet ancien archétype du château, édifice qui détient à la fois une fonction castrale et palatiale. Espace du pouvoir, expression de la puissance, instrument de l'exercice de la justice, le palais est au centre de toute représentation intellectuelle de ce temps lorsqu'il s'agit de montrer ou de mettre en scène l'autorité d'un grand. C'est le cadre idoine pour la spectaculaire parade du pouvoir. Son image littéraire joue d'ailleurs un rôle central dans l'imaginaire d'une cour princière abreuvée de romans et de textes épiques, et où cet édifice paraît comme le lieu par excellence de l'action politique. C'est là où se retrouve l'assemblée des barons, le conseil plénier, la consultation collégiale des experts. Un espace de majesté donc, qui contribue au prestige d'un maître qui convie chacun dans ce décor exprimant l'*auctoritas*. Mais c'est aussi un endroit qui fait appel au prestige et au passé de la ville, qui puise dans la plus haute Antiquité puisque le palais forteresse est bâti sur une ancestrale porte monumentale. Ce vieil héritage des temps anciens conforte la légitimité d'un pouvoir qui tient à s'enraciner ostensiblement dans l'appareil gallo-romain de la tour maîtresse, un pouvoir qui veut entretenir une relation de continuité dans l'expression architecturale et matérielle de la domination. Comme une lointaine quête du lustre des origines, une évocation durable des autorités d'hier. C'est d'ailleurs là un schéma identique à ce que l'on retrouve, dans la seconde partie du XII<sup>e</sup> siècle, à Aix où les comtes de Provence décident de s'installer sur un édifice de ce type. Il en est de même à Barcelone, à l'époque de Raimond Bérenger IV (1131-1162), lorsqu'on réaménage le *Palau Comtal* adossé contre la muraille antique dont il intègre deux tours rectangulaires. Ou encore plus tard, au début du XIII<sup>e</sup> siècle, à Bordeaux, lorsque le duc d'Aquitaine restructure le château de l'Ombrière, à proximité du rempart impérial et de ses tours séculaires. Dans le Midi de la seconde partie du XII<sup>e</sup> siècle, le pouvoir comtal arrime ses fondations dans l'antiquité du calcaire.

Enfin, la grande originalité de cette matrice est qu'elle permet de faire de ce palais forteresse une image allégorique d'un espace qui intègre physiquement celui qui assiste à cette scène d'épiphanie princière. Lorsque nous regardons l'avvers de ce sceau, même si aucun élément architecturé n'est signalé dans le champ, nous nous retrouvons à l'évidence dans une pièce qui est un haut lieu de la mise en scène du pouvoir comtal. Nous demeurons présents dans l'enceinte d'un château qui est lui-même montré sous la forme d'une maquette d'architecture tenue à bout de bras. Nous participons donc à une scène d'intérieur, un instant précis qui pourrait être la tenue d'une audience à la cour de justice, dans l'*aula* castrale des Raimond. Car la vocation première de la *curia*, au sens judiciaire du mot, est de faire régner la justice et, par voie de conséquence, la paix. Cette grande salle, héritière directe de l'*aula regia* des palais de l'Antiquité tardive et de l'empire carolingien, est l'espace par excellence où se révèle la majesté charismatique du prince qui tient à paraître, assis solennellement sur un siège. Cette pièce publique est l'élément essentiel du palais et s'y identifie, si bien que ce terme d'*aula* est parfois employé dans la documentation avec le sens restreint de salle.

Mais en même temps il s'agit d'une scène qui donne à voir un édifice, perçu de l'extérieur, projeté dans une matérialisation qui produit une image stylisée de son enveloppe maçonnée. Par ce dispositif pour le moins inédit, entre en jeu le regard des *curiales*, ceux qui font partie de l'entourage, les conseillers qui secondent le prince en

majesté, et le considèrent dans l'exercice d'une de ses fonctions, immergé qu'il l'est dans le groupe qui accepte de le reconnaître comme *leader*. Et en parallèle, s'établit une vision, extérieure, –offerte à l'admiration du plus grand nombre–, celle que perçoit une partie des sujets du prince, de ce lieu monumental où se déroule une scène accessible aux seuls proches du gouvernant. L'avvers de ce type de majesté est conçu et construit autour de la dualité *intus/foris*. Cela produit une forme singulière d'ubiquité, une « double focalisation topique », assez rare, pour ne pas dire unique, dans les grands sceaux princiers des XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles.

\*\*\*

« Comte et marquis » proclame la légende de cette matrice au prince de majesté. Avec le château Narbonnais exhibé à bout de bras, Raimond V rappelle effectivement qu'il est comte de Toulouse. Avec la croix raimondenque qui orne son écu, sur le revers équestre de cette même empreinte, il confirme qu'il est également marquis de Provence. Fier de l'embellissement de ce palais monumental qu'il « tient en sa main » et qui lui donne une nouvelle assise dans ses terres garonnaises, le comte livre une image singulière de ce site antique qui va déterminer, par la suite, les choix de la représentation sigillaire de la ville de Toulouse (avers du sceau urbain orné du château Narbonnais et de la basilique Saint-Sernin). Dans le même temps, le fils et le petit-fils de Raimond V vont rester attachés à la présence du palais ancestral sur la face principale de leurs sceaux. Cet édifice les situe précisément dans l'histoire –la leur et celle de leur capitale–, il les place dans la perspective valorisante d'un passé dans lequel s'ancre leur présent et la légitimité de leur domination comme princes justiciers.

Sceau de majesté du comte Raimond VI  
moulage de l'empreinte de 1204, ANF, sc/D 743  
Cliché L. Macé





---

## La construction d'un imaginaire : la télévision, le citoyen et sa justice

Barbara VILLEZ

Lorsque la télévision a fait parvenir des reportages et des brèves d'informations jusqu'aux foyers, les télécitoyens<sup>1</sup> français qui n'avaient jamais mis les pieds dans un tribunal ont pu acquérir une image plus précise de l'espace judiciaire. Depuis ses débuts, l'offre télévisuelle à contenu juridique en France a été plutôt irrégulière mais variée, prenant la forme de débats, de pièces de théâtre, de parodies, de reconstitutions et de documentaires pour revenir sur des faits divers célèbres (Marie Besnard, l'affaire Dreyfus, le scandale de Mettray, etc.). Il arrivait également qu'une émission traite des problèmes d'actualité judiciaire en France ou à l'étranger. Mais comme il est interdit de filmer dans les tribunaux français, ces émissions se constituaient essentiellement de photos de presse et d'entretiens. Il y avait donc peu d'images de l'intérieur des tribunaux et aucune information sur les procédures. En outre, chaque émission était unique, sans suite.

*En votre âme et conscience* était la première émission régulière sur le thème de la justice. Créée par Claude Barma et Pierre Dumayet, elle a débuté sur RTF en 1956 et reconstituait, jusqu'en 1969, des grands procès invitant le public à envoyer leur verdict. Une autre émission importante était *Les dernières cinq minutes* créée par Claude Loursais dont les 155 épisodes ont été diffusés sur RTF, puis ORTF et finalement sur France 2 entre 1958 et 1996. Mais cette série concernait le crime et l'enquête, plutôt que la façon dont la justice fonctionnait. Aux Etats-Unis, en revanche, dès la fin des années 40 des émissions régulières et surtout des séries hebdomadaires sur le procès et les professions judiciaires ont rempli les grilles de programmation. Le public américain s'est donc familiarisé très tôt avec l'espace judiciaire, le rôle des juges et des avocats au tribunal et des étapes de procédure. Très vite le genre de série judiciaire est devenu très populaire et s'est développé de façon exponentielle jusqu'à nos jours avec presque quarante nouvelles séries seulement depuis le début des années 2000.

En France, pour des raisons économiques, les premières chaînes de télévision ont décidé d'importer des séries américaines et britanniques plutôt que de produire des séries françaises. Evidemment ces importations comprenaient des séries judiciaires dès les années 50 et 60. Grâce aux rediffusions de ces importations, toutes les générations connaissent les séries comme *Perry Mason*<sup>2</sup> ou *Ally McBeal*<sup>3</sup>. La justice américaine est

---

<sup>1</sup> B. Villez, *Séries télé : visions de la justice*, Paris, PUF, 2005.

<sup>2</sup> (USA) CBS, 1957-1966, 1973-74.

<sup>3</sup> (USA) Fox, 1997-2002.

donc devenue plus familière pour les téléspectateurs français que la leur. En 2005, agacé par la tendance qu’avaient les justiciables d’appeler les présidents des tribunaux « Votre Honneur <sup>4</sup>», le garde des sceaux Dominique Perben a exprimé le souhait que les chaînes et les producteurs français produisent des émissions qui alimenteraient l’imaginaire quant à la justice française et corrigeraient les repères. La pléthore de nouveaux documentaires et reportages sur le travail de la police et des diverses catégories de magistrats ont fait leur apparition à la télévision par la suite, mais toujours des émissions uniques et souvent diffusées tard le soir. Les téléspectateurs français aiment tout particulièrement les enquêtes et les quelques nouvelles fictions se concentraient sur les policiers, les juges d’instruction ou les gendarmes. *Avocats et Associés*<sup>5</sup>, créé et diffusé entre 1998 et 2010 mettait en scène le travail – et surtout les intrigues – d’un groupe d’avocats dans un cabinet parisien. On les voyait souvent à table mais peu au tribunal. Une série hybride, *Engrenages*, produite par Canal Plus visant l’entrée sur le marché international de séries, est arrivée à la télévision en 2005 et s’est démarquée des autres séries par la mise en scène de l’articulation de divers services judiciaires. Malgré un premier accueil timide, un certain nombre de magistrats français, interviewés par l’auteur de cet article, appréciaient la série pour ce qu’ils jugeaient une représentation plus réaliste des rouages de la justice en France. Néanmoins cette représentation demeure, pour la plupart, relativement négative et jusqu’à ce jour peu d’éléments télévisés alimentent vraiment l’imaginaire des Français quant à leur justice et pratiquement rien quant à la justice européenne.

Il n’en reste pas moins que les séries sont la source principale d’images de la justice à la télévision en France. Dans une étude faite sur la justice à la télévision dans le monde<sup>6</sup>, on a constaté, pour le mois de novembre 2014, plus de 4 000 émissions dont le thème principal était la justice, constituant plus de 12% de toutes les émissions à la télévision pour la période étudiée (toutes chaînes confondues). Environ deux tiers de ces émissions étaient d’origine étrangère et les séries constituaient entre 15 et 25 % des émissions à contenu judiciaire par jour à l’heure de grande écoute. C’est dire l’importance et la popularité de ce type d’émission et l’intérêt du public pour les questions de justice. Les séries judiciaires sont donc un moyen non négligeable pour la justice de se donner à voir.

### Les séries judiciaires américaines

La représentation de la justice dans les séries américaines se divise en quatre périodes. La première débute essentiellement avec la série *Perry Mason* qui est le premier personnage récurrent dans une série judiciaire. Les séries de cette période mettaient en scène le procès pénal car l’intrigue (le crime, le procès et le verdict) était

<sup>4</sup> Traduction française de « *Your honor* » utilisé aux Etats-Unis pour s’adresser au juge unique dans tous les tribunaux de première instance.

<sup>5</sup> France 2, 1998- 2010.

<sup>6</sup> Villez et Rolando, « The Representation of Law and Justice on French Television » in Schultz et Robson, *Law & Justice on TV: A Transnational Study*, Oxford, Hart, à paraître en 2016.

simple et pouvait se contenir dans les limites du temps des épisodes<sup>7</sup>. L'avocat était au centre des séries pendant cette première période, il gagnait toujours le procès et faisait acquitter son client parce que celui-ci était toujours innocent. Faussement accusé d'un crime, il se tournait vers l'avocat qui était son sauveur, le bon cowboy au chapeau blanc, le protecteur des innocents, l'ange gardien de la loi<sup>8</sup>. Comme le schéma des épisodes variaient peu le téléspectateur pouvait acquérir des repères sur l'organisation de l'espace judiciaire (où se plaçait le juge, ce qu'il portait, où se plaçait le procureur, etc) et sur la procédure (dans quel ordre les avocats interrogeaient les témoins, qui prononçait le verdict, quand intervenait le juge, etc). Il était clair que le procès américain était un combat entre avocats (procédure accusatoire), plutôt une procédure menée par le juge (procédure inquisitoire). Ainsi une image du procès a pris forme pour les téléspectateurs, même si pour le public français, cette image ne les concernait pas directement.

La production des séries judiciaires a diminué entre la fin des années 70 et le début des années 90 au profit des feuilletons comme *Dallas*<sup>9</sup> et *Dynasty*<sup>10</sup>, des sagas de grandes familles riches et dysfonctionnelles. Pendant cette période, un nombre important de téléfilms aussi remplissait les gilles de programmation, surtout en journée. Le schéma était souvent le même : une personne se retrouve dans une situation grave (maladie, arrestation par erreur, adoption contestée, etc) et se tourne pour une solution vers les instances compétentes pour apprendre qu'elles sont impuissantes et qu'il faut trouver une solution par soi-même. C'était la période Reagan aux Etats-Unis où la détermination était forte de décourager toute dépendance sur l'Etat ou les services étatiques. L'avocat sauveur se trouvait souvent dans l'impossibilité d'aider son client à cause des barrières juridiques. Il n'y avait pas une figure d'avocat fictionnel importante à cette époque et les juges étaient quasi absents.

70

En 1991 une nouvelle série a vu le jour aux Etats-Unis. Le créateur de *Law & Order*<sup>11</sup>, Dick Wolf, a voulu rendre hommage aux procureurs et à la police pour lesquels il avait une grande admiration. Il a également souhaité une esthétique de documentaire pour créer une impression moins « série de fiction » à ce projet. Chaque épisode commence avec un crime déjà commis, presque toujours un meurtre. La police arrive dès le début de l'épisode sur les lieux du crime et commence leur enquête. La deuxième moitié de l'émission concerne le travail des procureurs : comment préparer les arguments, comment classer le crime, et ensuite leur travail au tribunal jusqu'au verdict. Toutes les professions étaient représentées : policiers, avocats<sup>12</sup> et juges. Plus

---

<sup>7</sup> Au début les épisodes hebdomadaires duraient une trentaine de minutes, après quelques années la longueur d'un épisode de série dramatique se prolongeait à 52 minutes.

<sup>8</sup> Villez, *Séries télé, op cit.*, p37.

<sup>9</sup> (USA) CBS, 1978-1991.

<sup>10</sup> (USA) ABC, 1981-1989.

<sup>11</sup> (USA) NBC, 1990-2010 (diffusé en France sur plusieurs chaînes et sous plusieurs titres dont le plus connu était *New York Police Judiciaire*).

<sup>12</sup> Aux Etats-Unis les procureurs et les juges sont avocats ; tout le monde a la même formation au départ. On devient procureur si on est embauché par l'Etat. Avocats dans le privé et procureurs deviennent juge après de longues années à plaider au tribunal.

important encore est le fait de voir dans chaque épisode le moment et la façon dont les uns et les autres interviennent : les avocats avec leur client, le détenu, lors de l'interrogatoire et encore au tribunal face au procureur ; les deux qui interrogent des témoins pendant le procès et les rares interventions du juge. Les discussions lorsque les avocats et le procureur sont appelés à se présenter au bureau du juge permettent d'évoquer des questions telles que l'admissibilité des preuves, la façon d'interroger un témoin ou les décisions du passé qui ont créé un précédent qui sert d'appui pour un argument. Avec le temps les intrigues se sont complexifiées et le public est devenu plus exigeant car maintenant capable de comprendre de véritables questions juridiques comme la responsabilité des juges, l'éthique des avocats, l'admissibilité des preuves, la compétence des tribunaux étatiques ou fédéraux, etc. La troisième période de la représentation de la justice se distingue par rapport aux deux précédentes par le sérieux du traitement des thèmes et le réalisme des mises en scène. Ce réalisme était assuré par le fait que parmi les équipes de scénaristes il y avait presque toujours d'anciens diplômés de droit ou de vrais avocats ayant changé de métier.

En France il n'était pas rare que d'anciens diplômés de droit soient devenus écrivain (Balzac, Flaubert, Gide par exemple) mais peu, pour ne pas dire aucun, ne s'est tourné vers la télévision comme moyen d'expression. Dans les génériques de certaines fictions judiciaires françaises, mention est faite de juristes qui sont consultés pour vérification des informations juridiques. Mais les jurés restent dans un box, et longtemps on a continué à s'adresser aux juges par l'agaçant « Votre Honneur ». Qui prend la responsabilité de telles décisions : les scénaristes ? Les producteurs ? Les chaînes ?

Si les représentations de la justice et des professions juridiques pendant la troisième période se concentraient sur les failles et faiblesses du système ainsi que sur la fragilité en même temps que sur l'héroïsme des acteurs en justice, la quatrième période marque un tournant brutal. Le procès est devenu plus qu'une confrontation, il est devenu un combat, les juges et les procureurs retournent à l'ombre laissant la place centrale aux avocats du privé. Dès septembre 2006 deux séries, *Justice*<sup>13</sup> et *Shark*<sup>14</sup> suivi quelques temps après par *Damages*<sup>15</sup> dépeignent des avocats comme techniciens extrêmement pointus, des guerriers, des requins. Procureur Sébastien Stark (Shark) enseigne à ses jeunes assistants « Trois règles doivent guider toute décision : Un procès c'est la guerre, perdre égale la mort ; la vérité est relative ; seulement les douze opinions des jurés sont importantes »<sup>16</sup>. L'argent devient important surtout pour le Cabinet TNT&G<sup>17</sup> de la série *Justice* ; l'argent était rarement évoquée dans les séries des périodes passées sauf dans *LA Law*<sup>18</sup> où *Ally McBeal* deux séries où le cabinet est

---

<sup>13</sup> (USA) Fox, 2006.

<sup>14</sup> USA) CBS, 2006-2008.

<sup>15</sup> USA) FX, 2007-2010, Direct TV 2011-2012.

<sup>16</sup> Saison 1, épisode 1 « Pilote », première diffusion le 21 septembre 2006.

<sup>17</sup> Trott, Nicholson, Tuller & Graves. Il faut noter que TNT signale également un type d'explosif, la trinitrofluorène.

<sup>18</sup> USA) NBC, 1986-1994

très présent, presque un personnage, et les problèmes de gestion sont fréquemment soulevés. La majorité des séries de la quatrième période continuent à mettre en scène le procès pénal mais cette fois-ci les avocats ne s'inquiétaient absolument pas de l'innocence ou la culpabilité de leur client. *Damages* était encore une série hybride mais plutôt en termes de genre, mélangeant la série judiciaire et le thriller.

Les scénaristes américains, comme les Anglais d'ailleurs, n'ont jamais hésité à critiquer le système judiciaire, à se moquer des professionnels, à montrer la difficulté de juger. Dans une série comme *Ally McBeal* le créateur/producteur Davide E. Kelley n'hésitait pas à se moquer des juges dont la compétence souffrait de leur âge ou de leurs préjugés politiques. Dans *Damages*, la détermination de l'avocate, Patty Hewes, de gagner quel qu'en soit le prix, même en sacrifiant son client, constitue une critique particulièrement acerbe de sa profession. Cependant la grande majorité des séries terminent les épisodes sur une note de confiance, un sentiment plutôt positif : le système fonctionne, ce sont les hommes et les femmes qui y travaillent qui peuvent le saboter.

En France le cinéma joue le rôle de critique plus que les fictions télévisuelles. C'est certainement en partie lié au fait que les chaînes ont longtemps étaient publiques. La nationalisation n'encourage pas une parole très libre. Aux Etats-Unis les auteurs et réalisateurs expulsés d'Hollywood pendant la période MacCarthy ont trouvé un canal d'expression libre à New York où la jeune industrie télévisuelle gérée par des entreprises privées cherchait à embaucher des scénaristes de talent. La télévision était ainsi le lieu où les pièces et des séries sur la justice permettaient de faire réfléchir le public sur des thèmes comme l'éthique des avocats, sur l'indépendance et la responsabilité des juges, sur les rapports entre droit et justice. En France on ne place pas la télévision sur la même échelle culturelle que le cinéma, ce dont les scénaristes du petit écran ont longtemps souffert.

### **La représentation de la justice dans les fictions françaises**

On s'intéresse plus dans les séries françaises aux rapports sociaux qu'au droit ou à la justice. Les conflits servent moins à développer les arguments qui s'opposent qu'à exprimer les émotions - entre amants, entre collègues, entre membres d'une même famille. L'avocat est traditionnellement un beau parleur, ambitieux et intéressé. Souvent dédaigneux envers son client, l'avocat, et parfois l'avocate à un degré moindre, n'inspire pas confiance. Pierre Clément, le jeune magistrat provincial qui arrive au parquet de Paris, est resté très idéaliste pendant plus de quatre saisons avant de quitter la magistrature pour devenir avocat. Le téléspectateur constate à travers lui les intrigues politiques au sein de l'hierarchie dont il dépend. Lorsqu'il refuse de garder un œil sur le juge d'instruction Roban et d'en faire un rapport au Président du Parquet, il se trouve, du jour au lendemain, affecté aux infractions au code de la route. Là, il traite des dossiers sans intérêt et des justiciables dont il se moque, qui comparaissent à la chaîne au tribunal. La routine le déprime très rapidement. On le voit pendant l'audience consulter son téléphone portable. A chaque fois que le président lui demande son réquisitoire, il se lève pour dire seulement : « je demande



l'application de la loi ». Finalement ne pouvant plus supporter l'ennui et l'humiliation professionnelle, il sort du tribunal en pleine audience. Etouffé, il pousse les portes du vestiaire, s'assoit en tirant sur sa cravate et arrachant sa toge. Finalement il se lève, enfonce sa robe dans une poubelle et quitte la cour. Avant la fin de l'épisode il prête serment et se joint au barreau. Il finira la saison en partenariat avec une avocate qui n'a pas autant de scrupules que lui, chacun ayant une influence, bien et moins bien, sur l'autre. Il abandonne l'institution judiciaire pour une carrière dans le privé mais sa naïveté le conduira à sa perte.

Le juge d'instruction Roban n'offre pas une image plus positive de la justice puisqu'il est également en conflit permanent avec sa hiérarchie, d'où la demande faite à Clément par le Président du Parquet. Roban est un homme très indépendant, un peu cynique et maladroit, mais foncièrement honnête. Pendant la première saison il commet une faute professionnelle, dans la saison 3 il enquête sur une affaire qui, comme par hasard, implique son propre frère. Mais c'est le cours qu'il fait en saison 5, aux auditeurs de première année à ENM qui révèle le mieux son personnage : avec son sarcasme usuel il leur conseille de choisir entre l'intégrité et la carrière.

« Etre un bon juge et faire carrière sont deux choses qui n'ont pas forcément un rapport. (Rires) La magistrature vous a choisis, disons, pour votre intelligence. Bien. Mais pour faire carrière, cette intelligence ne vous servira à rien. (Rires) Mais oui. Si, si vous êtes trop brillant, si vous faites trop de vagues, vous aurez peu de chances de monter dans la hiérarchie. Le principal critère de promotion d'un magistrat, c'est le conformisme, la platitude. Voilà. (Rires)...

Je dis ça pour que vous sachiez où vous mettez les pieds... C'est simple, être un juge indépendant, ça veut dire ne pas se préoccuper de la notation et la carrière. Voilà. Mais est-ce pour plaire à la hiérarchie que vous vous êtes engagés à servir la justice ? Je ne pense pas. Donc soyez indépendants, soyez courageux, vous ne ferez pas beaucoup d'amis (Rires)...mais ça donne du temps pour travailler les dossiers ». <sup>19</sup>

Les véritables professionnels réagissent à de telles scènes de façon variée. Certains considèrent que la justice à la chaîne et l'importance de la notation et de la promotion représentent une réalité souvent ignorée. D'autres ne supportent pas l'image ultra négative de l'institution dans laquelle ils travaillent.<sup>20</sup> Cependant ces deux personnages reflètent, à leur façon, l'idée que la justice est une institution vide de sens car un outil de l'Etat. Ces exemples ont tout de même le mérite de ne pas renvoyer vers la justice américaine, mais en effet ils donnent une image assez négative et de l'institution et des professions juridiques. Une telle représentation rappelle la notion de l'antijuridisme dont parlait Edgar Quinet dans *L'Histoire politique de la France*.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Canal Plus, *Engrenages*, saison 5, épisode 1, première diffusion novembre 2014.

<sup>20</sup> Réactions de nombreux magistrats interviewés par B. Villez fin 2014 et réactions aux extraits, dans la salle lors de la séance du séminaire Diké (Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politiques - EA 789), le 10 mars 2015.

<sup>21</sup> Quinet, Edgar (1872, version brochée 2014), *La République, conditions de la régénération en France*. Paris, E. Dentu.

La notion d'antijuridisme met en question l'indépendance de la justice puisque l'Etat est toujours derrière elle et c'est l'Etat seul qui est capable de générer et de protéger la démocratie. L'idée se loge dans une culture qui est politique avant tout. Ce n'est pas que les gens ne croient pas à la justice mais ils ne se tournent pas vers elle pour régler leurs problèmes parce qu'ils attendent que l'Etat règle tout. On voit une justice vide de pouvoir dans les deux exemples *Engrenages* cités ci-dessous ainsi que dans les quelques séries judiciaires françaises (et il faut se rappeler qu'il y en a bien plus de séries policières en France que des séries judiciaires en comparaison avec les pays anglo-saxons). Un certain antijuridisme réside depuis longtemps dans la culture française ce qui fait que les scénaristes n'en sont pas forcément conscients. Cette attitude est très présente dans les fictions judiciaires mais apparaît également dans les réclamations contre la justice dans les chroniques des journaux télévisés. En outre, le communautarisme grandissant en France accentue un manque de confiance dans l'institution judiciaire, si ce n'est pas aujourd'hui dans d'autres institutions.

### **Pourquoi s'intéresser aux fictions judiciaires**

Les séries américaines et britanniques montrent la justice en situation. Plus important encore elles montrent la place de la justice dans la vie des gens, non seulement les crimes et délits mais les conflits qui peuvent surgir entre voisins, époux, collègues, employés et patrons. Les séries qui offrent des arguments légitimes de chaque côté prennent le public au sérieux et montrent que la justice sert à protéger les droits des citoyens mais éviter autant que ce soit possible que les droits des uns empiètent sur les droits des autres. Pour cette raison, le fait que les séries anglo-saxonnes, depuis la fin des années 90, donnent plus d'importance aux affaires privées permette de mettre en scène un domaine de droit qui touche les téléspectateurs de plus près, même si on pouvait croire ce domaine moins facile à mettre en récit. Les séries sont fréquemment une critique vorace du système judiciaire, et aussi du gouvernement, quant aux questions de société, comme dans une affaire fictive de mort causée par la négligence d'un employeur radin, l'esclavage moderne, l'harcèlement sur Internet, ou une action contre un fabricant d'armes suite à un accident mortelle dans une cour de récréation à l'école. De tels thèmes touchent également les téléspectateurs dans les pays européens où ces séries sont importées mais le public est-il conscient que la procédure ne se déroule pas forcément de la même façon chez lui ou que les professions ne correspondent pas tout à fait ? Cependant, de telles fictions invitent à réfléchir.

Par ailleurs, ces importations, aux côtés des quelques séries françaises que nous avons étudiées ici, permettent au moins de capter une différence essentielle entre ces deux cultures juridiques : la notion de 'l'Etat de droit' et celle de '*the rule of law*'. Nombreux sont les traducteurs qui voudraient que l'une soit la traduction de l'autre, mais ce n'est pas exact. Dans le premier cas, il s'agit, comme nous avons vu plus haut, d'une construction de pouvoir central, d'où dépendent les institutions pour leur autorité. Dans l'expression *the rule of law*, ce n'est pas l'Etat qui règne mais la loi, et la justice gère non seulement les conflits entre les gens, mais entre le pouvoir et les gens.

Beaucoup de fictions télévisuelles opposent les gens et leur Etat lorsqu'une loi ou une décision prise risque de leur priver d'une liberté.

Les séries accentuent très clairement aussi l'importance dans le système judiciaire américain de la responsabilité individuelle. On entend souvent parler, dans les scènes au tribunal, que le procès soit pénal ou non, de l'obligation d'assumer les conséquences de ses actes. Dans un épisode de *Law & Order*<sup>22</sup>, deux parents poussent leurs enfants à se défendre après une stupide dispute pour une balle de foot. La mère reconduit ses deux enfants et un de leurs amis à l'aire du jeu où a eu la bagarre et le père d'un autre garçon voyant son fils poursuivi par trois garçons munis de bats de baseball, tire des coups de feu, tuant un des jeunes et une petite fille qui jouait toute seule non loin de là. Le procureur décide de poursuivre les deux parents pour ces homicides, même si la mère y était indirectement impliquée. La question de la responsabilité des deux parents est au centre des débats à l'audience et malgré les contre-arguments, fondés sur motivation compréhensible d'un parent de vouloir à tout prix protéger son enfant (des arguments qui ont certainement touché tous ceux qui écoutent dans le box des jurés comme ceux devant leur écran de télévision), le jury a non seulement condamné les deux parents pour la mort de la petite fille, mais demande à la cour d'attribuer la même peine à chacun.

Les fictions mettent en place, ainsi, des valeurs et des attentes qui ne sont pas les mêmes d'un pays à l'autre. L'absence de séries équivalentes mettant en scène la justice française fait que le téléspectateur n'entend jamais les mots souvent prononcés dans les procès français, à savoir l'objectif de faire « revenir l'accusé dans la communauté des hommes » ou de le « faire réintégrer la société ». Le téléspectateur ne sait pas qu'en France il y a un moment de procédure dédié à l'examen de la personnalité de l'accusé. Il ne sait pas non plus qu'on donne la parole à l'accusé pour s'exprimer envers la partie civile ; il ne sait surtout pas qu'il n'y a pas de partie civile dans un procès de la *common law*. Ainsi plusieurs éléments de la justice française pourraient-ils influencer des attitudes s'ils étaient à la portée du public. Qui irait au tribunal après une journée de travail ou pendant un jour de congé, si ce n'est pas nécessaire ? Comment donc voir la justice française à l'œuvre ? Comment se construire un imaginaire quant à la justice française si ce n'est pas par la télévision, le cinéma ou le théâtre ? Pour ces raisons, il ne faut pas négliger l'importance et le potentiel pédagogique de telles sources de représentation de la justice. Lorsque les questions posées sont accompagnées d'images et surtout quand elles sont logées dans un récit, le téléspectateur peut facilement entrer dans l'histoire, réfléchir, comprendre, se familiariser avec les rôles des professionnels et les difficultés qu'ils affrontent. La fiction offre aussi l'avantage de ne pas ouvrir des blessures de vraies personnes, des Villemains ou des Marécaux, qui ont le droit à l'oubli. Elle offre seulement une histoire qui pose des questions que tout citoyen devrait se poser. La fiction se veut plus neutre qu'un documentaire ou un reportage et elle laisse l'espace de liberté, comme fait le jeu, pour prendre des décisions, former des opinions, accepter des doutes, envisager des comportements.

---

<sup>22</sup> « Driven », Saison 18, épisode 5, première diffusion 23 janvier 2008.

Les journaux télévisés obligent le suivi d'une affaire pour comprendre les questions impliquées et les enjeux. Suivre une affaire dans les médias suppose une lecture de la presse, voire sur Internet, pour compléter par l'écrit les reportages qui sont rapides, car il y a peu de temps à l'antenne pour développer tous les aspects. Les documentaires et même les docufictions sont souvent diffusés bien après l'issue d'un procès pour des raisons de secret de l'instruction et l'attente d'une décision en justice. Une fiction, même si inspirée d'une vraie affaire, en changeant suffisamment d'éléments, n'est pas liée par ces mêmes contraintes et permet au public d'entrer dans un débat alors que le thème est encore d'actualité. Le citoyen est à la base de la justice et sa compréhension du fonctionnement et des difficultés de l'institution renforce son appartenance à sa communauté. La cohésion de la communauté dépend de la confiance dans la justice, qui nécessite une culture juridique.

Alors comment procéder à la construction d'une culture juridique pour le citoyen européen ? La construction de l'Europe met en place une justice européenne, ce qui apporte des changements aux justices nationales. Et pour le public de comprendre ces évolutions, il faut acquérir des repères sur la justice européenne, les tribunaux, les modifications de procédure, les compétences... Pour l'instant pour être moins abstrait pour le citoyen de l'Europe, la justice européenne doit se donner à voir : quelles sont les questions qui se traitent à son niveau plutôt qu'au niveau national ? Où se traitent-elles ?

Un premier effort a vu le jour en 2013 sur TF1. La série franco-belgo-germano-italienne *Crossing Lines*, créée par Edward Allen Bernero et Rola Bauer, traite une équipe de policiers de la Cour pénale internationale qui enquêtent sur des délits qui traversent des frontières nationales. Trois saisons ont conduit la série jusqu'en 2015 mais l'accueil a été relativement tiède partout sauf en France où le public aime les séries policières. Encore une fois les scénaristes n'ont pas été en mesure d'entrer dans le domaine judiciaire, encore plus complexe car européen et moins connu. Ce n'est pas parce qu'on utilise les termes comme 'CPI', 'frontière' ou 'nationalité' qu'on représente une communauté en construction.

Une autre série diffusée en 2013, *le Tunnel* (*The Tunnel*) était l'adaptation franco-britannique d'une série dano-suédoise<sup>23</sup>. La première saison était diffusée en France (sur Canal Plus) et en Grande Bretagne sur Sky. Le point de départ laissait espérer des développements intéressants. Un mort est trouvé exactement au milieu du tunnel sous la manche. Les deux équipes de policiers arrivent sur les lieux et vont se disputer l'enquête. Mais comme la tête est sur le sol vers la France, la brigade française se proclame chargée de l'affaire ; les Anglais sont quand même invités à collaborer. La question des droits de l'homme a fait l'objet de quelques échanges entre les deux policiers mais il y avait relativement peu de discussions sur les différences de procédure ou des différences de lois. En revanche le téléspectateur pouvait rire ou s'agacer devant les fréquentes blagues, voire des piques, entre les deux inspecteurs, et

---

<sup>23</sup> *Bron/Broen*, 2013 en Suède et au Danemark et une version américaine, *The Bridge* où le corps s'est trouvé sur la frontière entre Texas et le Mexique, diffusé en 2013 sur la chaîne américaine FX 2013-2014.

des commentaires sur l'Europe, laissant entendre un sentiment anti-européen. La construction de l'Europe est un problème au centre de cette série plutôt policière et politique que judiciaire. Mais les deux inspecteurs reconnaissent souvent la nécessité de travailler ensemble, qu'on le veuille ou non.

L'Europe n'est pas seulement une entité politique ou économique, mais judiciaire aussi. L'identité culturelle en devenir de l'Europe puise ses sources dans ces trois dimensions mais également dans les productions culturelles comme l'art, le cinéma et la télévision. Les émissions télévisuelles permettent de découvrir les cultures voisines et les langues, qui au-delà des mots expriment la façon dont les gens pensent, comment ils voient le monde, comment ils organisent l'espace et le temps. Les émissions qui voyagent permettent de découvrir les valeurs des autres. Pour construire une justice européenne, il faut partager les mêmes valeurs et avoir le sens d'appartenir à une culture commune. Les voyages aident, les programmes Erasmus aussi, la télévision, encore trop sous-estimée, participe aussi, énormément.

---

La justice, un fonds communs européen ? 78

---

---

*Iudex perfectus.*  
**Ordre traditionnel et justice de juges dans l'Europe du *ius commune*.**  
**(Couronne de Castille, XV<sup>e</sup>–XVIII<sup>e</sup> siècle).**

Carlos GARRIGA\*

“Como dize Baldo, el juez es como justicia animada: y con esto queda dicho, como deve [...] fundar la justicia sobre la coluna de fortaleza contra el odio, contra el favor, contra el temor, y contra el interesse, que son los adversarios, que segun S. Gregorio, y S. Basilio, y Ciceron, combaten y trastornan al juez”.  
(Jerónimo Castillo de Bovadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos* [...] [1597], Amberes, 1704, lib. II, cap. II, § 78)<sup>1</sup>.

La culture juridique du *ius commune* représente le juge comme *justice animée* (*justicia animada*) pour signifier que son comportement juste est la condition nécessaire d'un office, l'office du juge, qui a comme raison d'être la *détermination de la justice* (la détermination et pas simplement l'*administration* de la justice, comme on le verra). Bien fondée sur ses textes d'autorité, cette conception est inhérente à cette culture-là, car elle a toujours imprégné ses précipités normatifs et a inspiré la construction des appareils judiciaires dans les différents espaces politiques auto-suffisants (c'est-à-dire, couronnés par un *princeps*) de l'Europe de l'ancien régime. On peut résumer l'argument de cet exposé, qui traite de la Couronne de Castille sous un angle comparé, en disant qu'*ordre juridique traditionnel* et *justice de juges*, dans le sens que nous donnerons par la suite, sont coextensifs (autrement dit, que l'un ne peut exister sans l'autre)<sup>2</sup>.

79

---

\* Grupo GIU 15/07 (UPV/EHU). Proyecto de investigación HICOES VI (DER2014-56291-C3-2-P).

<sup>1</sup> « Comme le dit Balde, le juge est une sorte de justice animée : et cela explique comment il doit fonder la justice sur le socle de la force contre la haine, contre les faveurs, contre la crainte, et contre l'intérêt (la cupidité), qui, selon S. Grégoire, S. Basile et Cicéron, sont les ennemis du juge, ceux qui le combattent et le troublent ».

<sup>2</sup> Ces pages sont un résumé de travaux antérieurs sur le sujet, auxquelles je m'en remets aussi pour les sources et la bibliographie. Principalement : “*Justicia animada*. Dispositivos de la justicia en la Monarquía católica”, dans Marta LORENTE, coord., *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2006, pp. 59-104; “La Real Audiencia y Chancillería de Granada”, dans *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005*, Junta de Andalucía – Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 2006, pp. 149-219 ; “Las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. Estudio preliminar a la Recopilación de 1566”, dans *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid* [ed. facs.], Madrid, Consejo General del Poder Judicial-Tribunal Supremo, 2007, pp. 7-128 ; “La Real Audiencia y Chancillería de Valladolid”, dans René J. Payo Hernanz y Rafael Sánchez Domingo, coords., *El régimen de justicia en Castilla y León: de Real Chancillería a Tribunal Superior. XXV aniversario del Tribunal*

Si la *tradition* est une transmission sans rupture dans le temps, rien ne convient mieux pour qualifier l'ordre de la Monarchie catholique que le mot *traditionnel*. Cet ordre changeait dans la continuité. Il conservait toujours ses caractéristiques essentielles, que nous pouvons résumer en trois formules : conception juridictionnelle, composition pluraliste et configuration jurisprudentielle<sup>3</sup>. Conception juridictionnelle, pour exprimer la considération du droit en tant qu'ordre déclaratif sur la base de principes religieusement indisponibles. Composition pluraliste, pour exprimer que ces principes sont matérialisés par la tradition forgée dans chaque espace de vie en commun organisée (c'est-à-dire, dans chaque corporation) en tant d'autres corps de règles, différentes, mais tout aussi valides. Configuration jurisprudentielle, enfin, pour exprimer que seuls les juristes maîtrisaient, en raison de leur double condition de juges et de professeurs, l'ordre juridique résultant, car eux seuls avaient le savoir précis pour la conciliation des règles différentes en fonction du *cas* à résoudre jusqu'à trouver la solution juste, c'est-à-dire, ajustée au droit.

Indépendamment de la *scientia* qu'un juge avait, tous les juges en tout cas ajoutaient la *conscientia* et, *sub specie arbitrium iudicis*, accomplissaient donc une fonction essentielle dans la formulation du droit<sup>4</sup>. En réponse à la configuration casuistique de l'ordre, la *factualité* –les faits– était le facteur prévalant dans la gestion du droit, lequel se déterminait à l'occasion et en fonction de la solution du *cas* litigieux, qui représentait l'unique moment de synchronie connu par cet ordre diachronique.- Le juge était, comme on l'a dit, « un chaînon capital de la chaîne de production normative » (Meccarelli), tout en élevant la *localisation* du droit – son enracinement dans le *hic et nunc* – au degré d'effet inhérent à l'ordre, sans lequel on ne pourrait pas comprendre la dimension institutionnelle de la justice<sup>5</sup>. Une justice, enfin, qui était, pour cette raison, *des juges*, et non pas *des lois*.

L'invariable compréhension de la *justice* comme étant la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû, présupposait l'égalité des parties devant le juge et exigeait de celui-ci d'agir *sans acception de personnes* (c'est-à-dire, sans *passion*, dans le sens qu'elle avait dans cette culture-là). L'une et l'autre étaient des substances qui appartenaient respectivement aux mots *jugement* et *juge* : c'est pour cette raison, que

---

*Superior de Justicia de Castilla y León*, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León – Junta de Castilla y León, 2014, pp. 13-96. Étant donné les circonstances, on m'excusera de l'autocitation abusive.

<sup>3</sup> Cf. António Manuel HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, ch. 6; Carlos GARRIGA, "La trama jurídica castellana a comienzos del siglo XVI. (Notas y materiales)", dans Benjamín González Alonso, coord., *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505*. Actas del congreso conmemorativo del V centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las leyes de Toro de 1505, Salamanca, Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 299-379.

<sup>4</sup> Massimo MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, *maxime* pp. 195-306.

<sup>5</sup> António Manuel HESPANHA, "Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35 (2006), pp. 59-81; Bartolomé CLAVERO, "Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (lectura coral de *Las Vísperas Constitucionales* de António Hespánha)", *ibid.*, 41 (2012), pp. 675-763; Alejandro AGÜERO, « On Justice and Home Rule Tradition in the Spanish Colonial Order », *ibid.*, 41 (2012), pp. 173-221, *maxime* 201 ; *id.*, "Derecho local y localización del derecho en la tradición jurídica hispana. Reflexiones a partir del caso de Córdoba del Tucumán", dans Víctor Tau Anzoátegui et Alejandro Agüero, coords., *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVI-XVIII*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2013, pp. 91-120.



tous les deux étaient conçus comme des limites insurmontables, au-delà desquelles, s'il n'y avait ni *jugement* ni *juge*, il ne pouvait donc y avoir *justice*.

Alors, que signifiait être *juge* ?

En réponse au pluralisme juridictionnel et à la fragmentation institutionnelle qui en résultait, les juges avaient des liens organiques très divers (municipal, féodal, royal), mais étaient porteurs (I) d'un patron de *juridicité* essentiellement uniforme, qui était (II) garanti par des procédures *ad hoc*, en vertu desquelles (III) tous les juges étaient intégrés dans un appareil unitaire, hiérarchisé grâce aux recours judiciaires.

## I

L'ordre traditionnel était un ordre d'états pluriels et concurrents, où le terme *personne* signifiait précisément « chacun reconnu dans son état » (*status*). Dans cet ordre, donc, le juge était la résultante de la confluence entre deux personnes : une *personne privée*, qui résultait de l'ensemble des situations sans signification politique qui définissaient sa position sociale (être père, être ami, être mari, ...), et une *personne publique*, puisque dotée de juridiction, c'est-à-dire, d'une portion de la puissance publique, qui l'autorisait à déclarer le droit de son propre chef et à imposer ses décisions y compris par la contrainte (par coercition). Le régime de l'office du juge (c'est-à-dire, l'exercice de la juridiction) reposait sur la séparation catégorique entre ces deux personnes, aussi impossible à atteindre qu'indispensable, pour garantir que la puissance publique conférée au juge pour rendre justice ne soit pas utilisée dans son propre intérêt.

Quelles qu'étaient les passions qui, en faisant passer la personne privée avant la personne publique du juge et en inclinant son esprit vers l'une des parties au détriment de l'autre (*acception de personnes*), ces passions qui empêchaient que la justice soit rendue, étaient déterminées par la tradition.

Un texte très célèbre du *Decretum* énumérait les quatre manières de pervertir le jugement humain : la *crainte*, la *cupidité*, la *haine* et l'*amour*, que la *Glosse* a appliquées aux juges et les a complété en y ajoutant d'autres aussi significatives, telles que la négligence (qui chez le juge signifiait ignorance ou incompetence) (C. 11 q. 3, c. 78 ; gl. *Quattor*)<sup>6</sup>. Là où il y a passion, il n'y a pas justice, de telle sorte que l'*office du juge* peut être construit dans son intégralité à partir de ces quatre *passions*, qui déplacent le juge de sa position impartiale (de sa condition de médiateur de la justice commutative). Il

---

<sup>6</sup> C. 11 q. 3, c. 78: "*Quot modis humanum iudicium peruertitur. Quatuor modis humanum iudicium peruertitur: timore, dum metu potestatis alicuius ueritatem loqui pertimescimus; cupiditate, dum premio animum alicuius corrumpimus; odio, dum contra quemlibet aduersarium molimur; amore, dum amico uel propinquo prestare contendimus*". Attribué à Saint Grégoire le Grand (mais on dit que dû à Saint Isidore), dans son *dictum* Gratian invoque l'autorité de Saint Agustin pour souligner la gravité de "*quolibet modo iudicium peruertere*" (c. 79: "*Quicumque aut consaguinitate, aut amicitia, uel hostili odio, uel inimicitia in iudicando ducitur, peruertit iudicium Christi, qui est iustitia, et fructum illius uertit in amaritudinem*"). Pour sa part, la gl. *Quattor* ajouta, comme on a déjà dit, autres quatre manières : *iudex pauperibus miseretur iniusta, nimia severitas, nimia remissio, imprudentiam* (scil., "*si per imprudentiam male iudicat*", c'est-à-dire, *impericia*, comme il a été rapidement établi: Antonio PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*. II. *I glossatori civilisti*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 13 n. 19 et 201).

s'agit, autrement dit, des passions qui *corrompent* l'âme du juge<sup>7</sup> : d'après la fondamentale constitution *Cum aeterni* (1245), qui interdisait de juger *per gratiam vel per sordes* –“et dicitur fieri per sordes, si prece, pretio, timore, vel odio iudex corruptus sit”<sup>8</sup>–, les juges devaient exercer son office “omni remoto odio, favore, timore et praemio, ad solum Deum oculos dirigentes secundum ius et conscientiam”<sup>9</sup>.

Considéré comme *ministre de Dieu* – car *ministre de Dieu* « est n'importe quel homme qui fait la justice »<sup>10</sup> –, la construction juridique du rôle du juge était inspiré par l'idée que l'exercice de l'office du juge exigeait des qualités et des vertus dérivées en dernier ressort de la « crainte de Dieu » (qu'on peut traduire par adhésion à l'ordre). Comme disait la loi des *Siete Partidas* qui déterminait les qualités du juge (“quales deuen ser los juezes, e que bondades han de auer en si”), après avoir énuméré quelques aptitudes et attitudes : “E sobre todo, que teman a Dios. [...] Ca si a Dios temieren, guardar se han de fazer pecado, e auran en si piedad, e justicia”<sup>11</sup>. C'est un point capital. Sans ignorer l'importance des qualités et conditions diverses, qui avaient une tradition jurisprudentielle très longue et parmi lesquelles ressortaient la *science* et l'*expérience*, d'abord a été toujours considéré la condition *morale* du juge, alors imprégnée évidemment de religion : le bon juge, résumait un *alcalde* (juge du crimen) de la *Chancillería* de Granada dans le XVII<sup>e</sup> siècle, doit « mettre la crainte de Dieu et

<sup>7</sup> Dans le sens classique et biblique du terme “corruption”, bien établi par Maryvonne GENAUX dans ses travaux, notamment : « Les mots de la corruption : la déviance publique dans les dictionnaires d'Ancien Régime », *Histoire, économie et société*, 21-4 (2002), pp. 513-530 ; « La corruption avant la lettre: le vocabulaire de la déviance publique dans l'ancien droit pénal », *Revue historique de droit français et étranger*, 81-1 (2003), pp. 15-32 ; “La corruption : les fondements classiques et bibliques du discours politique dans la France moderne », *Rivista di Storia e Letteratura Religiosa*, XXXIX-2 (2003), pp. 227-247 ; “Social sciences and the envolving concept of corruption”, *Crime, Law & Social Change*, 42 (2004), pp. 13-24.

<sup>8</sup> VI 2.14.1 (“[...] Caueant ecclesiastici iudices, et prudenter attendant, vt in causarum processibus, nil vendicet odium, vel favor usurpet, timor exulet, praemium aut expectatio praemii iustitiam non euertat [...]”), gl. “Vel per sordes”, qui renvoie au *Decretum* : « haec enim quatuor humanum solent pervertere iudicium. 11. q. 3. quatuor [C. 11 q. 3, c. 78]”.

<sup>9</sup> D'accord avec l'interprétation donnée par Hostiense, que cite Laurent Mayali, “Entre idéal de justice et faiblesse humaine: le juge prévaricateur en droit savant”, dans *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal*, Faculté de Droit [...] de Montpellier, 1994, pp. 91-103 : 99. Sur les sources et la diffusion de cette image (*prae oculis habeant solum Deum*), voir : Jean-Marie Carbasse, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », dans Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEBAMPOUR-TARRIDE, dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, pp. 67-94 : 72-73 ; Jacques CHIFFOLEAU, « *Ecclesia de occultis non iudicat* ? L'Église, le secret, l'occulte du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », *Micrologus*, 14 (2006), pp. 359-481 : 454-456 ; Jacques KRYNEN, « *Audite illos, et quod iustum est iudicate* (Deut., 1, 16-17). Le bon juge selon Jean Juvénal des Ursins », dans *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, pp. 573-588 en particulier p. 577.

<sup>10</sup> Alexo SALGADO DE CORREA, *Libro nombrado regimiento de Juezes, scripto por el Licenciado ----, dirigido al serenissimo, muy alto y muy poderoso principe don Philippe nuestro señor. En el qual se contienen algunos acuerdos y auisos de las cosas que los buenos corregidores y juezes deuen considerar y hazer y euitar para administrar bien sus officios, y dar buena y loable cuenta de si y dellos*, Sevilla, 1556 (ed. facs., avec “Estudio preliminar” de Carlos GARRIGA, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004): *ministro de Dios* “es qualquier hombre que haze la justicia: y de cuya mano son las potestades y jurisdicciones, desde las supremas hasta las menores de todas” (ff. 6r, 7r, 22r).

<sup>11</sup> P (= *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555; ed. facs., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1985) 3.4.3.

l'administration de sa justice avant toutes les affaires de la terre »<sup>12</sup>. Et encore en 1797, Llamas y Molina, régent de la Real Audiencia de Valencia, soulignait que la *sainte crainte de Dieu* est « l'origine, principe et source » de toutes les vertus du juge<sup>13</sup>. Cette conception, ouvrait dans ce domaine une voie de communication directe droit-religion, par laquelle les règles de celle-ci *devenaient* partie intégrante du statut du juge et contribuaient ainsi à former le régime juridique de l'office. La Bible a opérée a cet égard comme une sorte de *thesaurus* inépuisable.

La culture juridique du *ius commune* a édifié sur ce socle un *archétype* de juge, le *iudex perfectus* (juge parfait), qui en tant que fidèle reflet de l'anthropologie catholique a couvert toute la période de ce que nous appelons l'*ancien régime*. Dans sa dimension la plus érudite, il a été largement cultivé par une littérature *de iudice perfecto*, qui, sur la base de certains lieux communs solidement enracinés dans la tradition, représentait invariablement le magistrat comme un *prêtre de la justice* (*iustitiae antistes*)<sup>14</sup>. Construit sur des sources bibliques et romano-canoniques, il n'y a pas de doute sur sa diffusion dans l'Europe du *ius commune* sous une forme ou une autre<sup>15</sup>. Vers la moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, le castillan Juan de Matienzo, *relator* dans la Chancillería de Valladolid, a disposé les éléments qui modelaient la figure du juge en forme d'arbre, l'*arbor iudicum*, pour que puisse résister les forts vents qui soufflaient depuis les quatre points cardinaux, à savoir : *ira/inimicitia*, *affectio/cognitio/amicitia*, *timor potentia*, *praemium pecunia*...<sup>16</sup>. Comme à propos de la France nous rappelle Jacques Krynen, « le portrait

<sup>12</sup> Lo que deve hazer para ser bueno y perfecto Alcalde, el que lo fuere de la Chancilleria de Granada (s. d., mais postérieur à 1636): "Lo primero [que deve hazer para ser bueno y perfecto Alcalde], anteponer el temor de Dios, y la administracion de su justicia à todas las demas cosas y intereses de la tierra" (Biblioteca Nacional de España, V/C<sup>a</sup> 1117-72).

<sup>13</sup> Ramon AZNARI GARCIA, "La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80 (2010), pp. 547-586, qui reproduit le texte du discours, pp. 582-583.

<sup>14</sup> Cf. Ernst KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval* (éd. orig. anglaise, 1957), Madrid, Alianza, 1987, pp. 111-144 (maxime 114, 116, 123-125).

<sup>15</sup> Voir, à titre d'exemple, l'*Index locorum Sacrae Scripturae et ex iura canonica et civilia* dans l'œuvre de Álvarez de Velasco citée plus bas. Cf. Jean-Louis THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI<sup>e</sup> siècle », dans Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEBAMPOUR-TARRIDE, dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, pp. 131-153 ; António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 594-607 ; Marie-France RENOUX-ZAGAME, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, 39 (2004), pp. 35-51 ; Jacques KRYNEN, « Audite illos, et quod iustum est iudicate (Deut., 1, 16-17). Le bon juge selon Jean Juvénal des Ursins », dans *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, pp. 573-588 ; Boris BERNABE, « La moralité des juges. Construction doctrinale d'une déontologie (XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècle) : réflexions sur un anachronisme », dans Miguel A. Chamocho Cantudo, *Droit et Moeurs. Implication et influence des mœurs dans la configuration du droit*, Universidad de Jaén, 2011, pp. 479-509.

<sup>16</sup> Juan MATIENZO, *Dialogus relatoris et advocati Pinciani senatus*. [...], Pinciae, Sebastianus Martinez, 1558, "Tertia pars" (ff. 42r-259r): Cf. Jesús VALLEJO, "Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*", dans *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2 (1998), pp. 19-46, a résumé parfaitement les neufs éléments de son *arbor iudicum* : "El primero es el suelo fecundo y fértil, donde ha de arraigar el árbol, la nobleza de linaje o adquirida por propia virtud. El segundo lo constituyen las tres raíces que lo sustentan, a saber, el temor de Dios, la ciencia y la experiencia. El tercero es el tronco, cuyas altura y anchura simbolizan, respectivamente, la autoridad del magistrado y su fortaleza, imprescindible ésta para impedir que el árbol se quiebre ante los embates de los peligrosos vientos que soplan desde los cuatro puntos cardinales. El cuarto elemento

du *iudex perfectus* dessiné jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle par des générations de jurisconsultes moralistes représentait ce 'prêtre de la justice' démontrant de toute évidence une conduite exemplaire, dans et hors du Palais », c'est à dire, démontrant « que son ministère si grand et redoutable exigeait dans tous les aspects et moments de sa vie publique et privée une maîtrise parfaite des passions humaines »<sup>17</sup>.

La formulation la plus sophistiquée – et peut-être diffusée – de cette littérature octroyait au juge des attributs qu'avait imaginés Aulu Gelle, dans un texte célèbre :

*“oportere esse gravem, sanctum, severum, incorruptum, inaludabilem contraque improbos nocentesque inmisericordem atque inexorabilem erectumque et arduum ac potentem, vi et maiestate aequitatis veritatisque terrificum”* (Noctivm Atticarvm libri XX, XIV, 4)<sup>18</sup>.

*Iudex antistes Iustitiae* : voici la réponse claire et nette que cette culture-là donnait à la question qu'est-ce qu'être juge<sup>19</sup>. À la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, en résumant toute cette construction-ci, disait Castillo de Bovadilla :

le juge doit avoir « a Dios delante de sus ojos en sus juyzios y determinaciones, [...] y note que fue puesto desnudo en la cruz, quando exercito Oficio publico, el qual es cruz, y el que administra ha de estar desnudo de todos los afectos propios, y vestido del amor de los muchos, para imitar al hijo de Dios considerando que la vida es breve, y que ha de yr a ser juzgado del, como lo escrivio san Gregorio [...] y de tal suerte proceda, que [...] se tenga del opinion indubitable de entero e incorrupto juez, mostrandose recto, grave, severo, enemigo de adulacion, poderoso, y contra los iniquos y malos, rigido e inexorable; y con la fuerça y magestad de la verdad y equidad, espantoso, mostrandose paciente en sufrir, sossegado en averiguar y determinar, riguroso en amenazar, imitando a Dios [...]”<sup>20</sup>.

es la corteza, hecha de paciencia y de humildad, y el quinto la médula, que representa la verdad, la fidelidad y el secreto. Las ramas son los brazos del magistrado, y a ellas se equiparan los oficiales. Es en el ese sexto elemento donde se sitúan los restantes: las flores de la elocuencia, la afabilidad y la cortesía, las hojas de la prudencia conservadoras del fruto, y por último el fruto mismo de la justicia y de la equidad” (p. 26).

<sup>17</sup> Jacques KRYNEN, “Petit *factum* sur un vaste mur”, dans Damien Salles, Alexandre Deroche, Robert Carvais, *Étues offertes à Jean-Louis Harouel. Liber amicorum*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, pp. 1009-1021 spécialement p. 1015.

<sup>18</sup> Après avoir décrit l'image de la justice : “Forma atque filo virginali, aspectu vehementi et formidabili, luminibus oculorum acribus, neque humilis neque atrocis, sed reverendae cuiusdam tristitiae dignitate” (*ibid.*). Outre l'œuvre de Kantorowicz, cf. Raffaele AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 342-343n108 ; Mario SBRICCOLI, « La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna », dans *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 41-95 spécialement 56 n. 39 (et aussi, p. 89-90), qui souligne la diffusion de cette image du juge parmi les juristes (p. ex., Baldo degli Ubaldi, Jakob Spiegel, Andrea Alciato, Jacques Cujas, François Hotman, Guillaume Budé, Joos Dambouder, Benedict Carpzov), « perché congeniale alle loro ideologie ».

<sup>19</sup> Jacques KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII<sup>e</sup>–XX<sup>e</sup> siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, pp. 79-103.

<sup>20</sup> Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Juezes Eclesiasticos y Seglares y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes*, Amberes, En casa de Iuan Bautista Verdussen, 1704 (éd. facs., avec “Estudio preliminar” de Benjamín GONZALEZ ALONSO, Madrid, IEAL, 1978), liv. II, ch. II, § 20-21 (I, pp. 226-227).

Dans le cadre de la Monarchie catholique, cette tradition doctrinale est arrivée à son point culminant dans l'œuvre que Gabriel Álvarez de Velasco, *oidor* (juge civil) dans l'*Audiencia y Chancillería de Nueva Granada*, a consacrée au *iudex perfectus* (1662), dont le modèle inaccessible était Cristo, *unice perfecto*<sup>21</sup> : « IVDIX PERFECTVS, seu de PERFECTO IVDICE titulum libro dedimus, quia cum Iustitiae Minister & Executor, ipsa imo quidem Iustitia Animata, Iudex ipse sit : PERFECTVS esse debet »<sup>22</sup>. L'œuvre est conçue comme un commentaire très érudit du fragment d'Aulu Gelle sur la justice et ses prêtres, développé à partir de sources sacrées et romano-canoniques et organisé en quinze rubriques, dont dix envisagent exhaustivement les qualités du juge<sup>23</sup>.

À partir de lui, enfin, le prestigieux juriste du Grand-Duché de Toscane Marcus Antonius Sabelli dessinait le portrait du ce juge-ci en vingt traits, qui venaient à résumer fortement tous les topiques traditionnels sur le sujet <sup>24</sup> :

- |  |   |
|--|---|
| 1. Castus, & pudicus.                      | 11. Grauis sine fastu.  |
| 2. Perquisitus, & rogatus.                 | 12. Sanctus.  |
| 3. Taciturnus, & secretus.                 | 13. Seuerus.  |
| 4. Habitu, & cultu modestus.               | 14. Incorruptus.  |
| 5. In incessu compositus.                  | 15. Inaludabilis.   |
| 6. Solitarius.                             | 16. Inmisericors contra improbos foris, & in<br>intus charitate plenus. |
| 7. Aspectu vehementi, & formidabili malis. | 17. Inexorabilis, erectus, & arduus.                                    |
| 8. Oculatus Argus.                         | 18. Vi, & Maiestate potens.   |
| 9. Humilis, & non superbus.                | 19. Aequitate, & veritate terrificus.                                   |
| 10. Reuerendae tristitiae.                 | 20. Librorum cumulo circumdatus, &<br>studens.                          |

<sup>21</sup> Gabriel ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus seu de iudice perfecto Christo Iesu Domino nostro unice perfecto, vivorum et mortuorum Iudici dicatus*, Lugduni, Sumptibus Horatii Boissat & Georgii Remeus, 1662. Cf. BARBAS HOMEM, *Judex perfectus*, pp. 598-599. Voir aussi, I. P. XAMMAR [XETMAR], *De officio iudicis, et advocati liber vnus. In quo variae quaestiones Iudicibus, et Aduocati vtilissima tractantur*. [...], Barcinonae, Iacobi Romeu, 1639

<sup>22</sup> ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus*: "Prooemiali Epistola Lectori".

<sup>23</sup> ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus*, p. 1: "Iudex perfectus. Thematis argumentive intercalariis series a qua dicenda profluunt". Voici les rubriques: [Justice:] I. *Forma virginali*; II. *Aspectu vehementi et formidabili*; III. *Luminibus oculorum acribus*; IV. *Neque hominis neque atrocis*; V. *Sed reuerendae cuiusdam tristitiae dignitate*; [Juge:] VI. *Grauen*; VII. *Sanctum*; VIII. *Seuerum*; IX. *Incorruptum*; X. *Inaludabilem*; XI. *Contraque improbos, nocentesque in misericordem*; XII. *Inexorabilem, Erectum et Arduum*; XIII. *Potentem vi et Maiestate*; XIV. *Aequitatis, veritatisque Terrificum*; XV. *Librorum cumulo circumstante*. Cette dernière rubrique provient du fragment de Diodore de Sicile sur l'image de la justice : « [...] iudicandi Princeps, Cuius a collo suspensa Veritas penderet, et oculis esset sub clausis, Librorum cumulo circumstante » (*ibid.*, p. 1).

<sup>24</sup> Marci Antonii SABELLI, "Compendium de qualitatibus Iudicis perfecti ex non minus eleganti, quam obstruso tractatu D. Gabriel Aluarez. de Velasc. de iud. perfect. per tot.", dans sa *Summa Diversorum Tractatum, in quibus quamplurimae Universi Juris Selectiores, Methodicae, Practicae, ac Decisivae Conclusiones circa Iudicia, Contractus, Ultimas voluntates, & Delicta, ad Forum Saeculare, Ecclesiasticum, & Conscientiae spectantes* [...], I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1697, pp. 16-30. Cf. BARBAS HOMEM, *Judex perfectus*, pp. 598-599.

Or, même sans tous ces stéréotypes précis, le portrait du « bon juge » était omniprésent dans un univers juridique qui concevait et institutionnalisait la justice en tant que justice *de iudex*.

Qu'on le veuille ou non, c'est un sujet d'une extrême importance. Sans aucun doute, il serait erroné de penser que c'était une image purement idéale, valable uniquement comme modèle théorique. Il ne peut pas non plus être réduit à simple *déontologie*. En tant qu'archétype, le *iudex perfectus* n'était pas seulement un modèle pour le juge, mais encore un modèle de juge, qui concernait tous les juges, mais elle intéressait spécialement les hauts magistrats, qui avaient la fonction de réparer les injustices et servaient d'exemple aux juges inférieurs.

D'une part, ce modèle de juge s'imposait aux titulaires de la juridiction et notamment au *princeps*, en tant qu'ultime responsable du gouvernement de la justice, en déterminant axiologiquement aussi bien la réglementation de l'office que la sélection et le contrôle de ses titulaires<sup>25</sup>. En Castille (dans la Monarchie hispanique) les offices du juge n'ont jamais été vendus par la Couronne, qui en plus nommait ses hauts magistrats *ad beneplacitum principis* : ces juges-ci étaient donc formellement perpétuels et immédiatement amovibles<sup>26</sup>. Bien sûr, ceci n'a pas empêché le contrôle de toutes ces charges-ci par les élites *letradas*, mais elles ont toujours été dépendantes en dernière instance de la volonté du roi (*voluntas principis*)<sup>27</sup>.

L'appareil judiciaire castillan est, bien sûr, le résultat de l'histoire médiévale, très conflictuelle, qui peut être résumé comme étant la transformation du *roi féodal* en *princeps* juridictionnel, c'est-à-dire, le passage de l'articulation disons volontaire de

---

<sup>25</sup> Mais pas seulement au *princeps*. Voir, dans ce sens, Alonso de HEREDIA, *Dechado de luezes en el qual se hallara la mvestra de qual deue ser vn buen luez. Compuesto por el doctor [...], muy vtil y prouechoso para que los Principes y Señores que proueen luezes para sus tierras, entiendan quales los deuen buscar*, Valencia, Ap[u]d Ioannem Mey, 1566: "en la qual solo pretendo dar a entender quales tienen los Señores de procurar las personas para encargarles los Officios de luezes", dans ses terres.

<sup>26</sup> Carlos GARRIGA, *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*. *Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 276-280. Cf. Francisco TOMAS Y VALIENTE, « Opiniones de algunos juristas clásicos españoles sobre la venta de oficios públicos », dans *Filosofía y Derecho: Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia, 1977, III, pp. 271-279. Seulement en Amérique et pendant certains périodes (1687-1700, 1706-1711, 1740-1750), la Couronne a vendu, *sub spece* de *bénéfice* (le *beneficio de oficios*), la nomination à l'office et non pas l'office même du juge. Voir au moins : Mark A. BURKHOLDER et D. S. CHANDLER, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América, 1687-1808* (ed. orig. 1977), México, FCE, 1984, pp. 33-118; Francisco ANDUJAR CASTILLO, *Necesidad y venalidad. España e Indias, 1704-1711*, Madrid, CEPC, 2008, maxime ch. 9 ; Ángel SANZ TAPIA, "La justicia en venta. El beneficio de cargos americanos de audiencia bajo Carlos II (1683-1700)", *Anuario de Estudios Americanos*, 69-1 (2012), pp. 63-90. Bien sûr, ce n'est pas le cas d'autres offices: parmi une bibliographie très abondante, on citera seulement Francisco TOMAS Y VALIENTE, *La venta de oficios en Indias, 1492-1606*, Madrid, IEA, 1982<sup>2</sup>; Inés GOMEZ GONZALEZ, *La justicia en almoneda. La venta de oficios en la Chancillería de Granada (1505-1834)*, Granada, Comares, 2000. Il me semble que c'est là que réside la différence principale entre les Monarchies hispanique et française à cet égard

<sup>27</sup> À titre de synthèse, Richard. L. KAGAN, *Universidad y sociedad en la España moderna*, Madrid, Tecnos, 1981 (éd. orig., 1974), pp. 124-20; Javier BARRIENTOS GRANDON, "El Cursus de la Jurisdicción Letrada en las Indias (s. XVI-XVII)", dans Feliciano Barrios, coord., *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 633-708; M. Paz ALONSO ROMERO, "Estudios y profesiones jurídicas en Castilla durante la Edad Moderna", dans *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012, pp. 433-473.

l'espace politique (par des moyens féodaux) jusqu'à l'imposition d'un lien naturel d'obligation politique. Ceci implique et explique l'intégration corporative de l'espace politique (selon le modèle *caput-corpus*), c'est-à-dire, sa configuration comme royaume, un espace politique auto-suffisant, en tant que couronné par un *princeps*, qui a le pouvoir de juger tous sans pouvoir être jugé lui-même (personne ne peut juger le roi)<sup>28</sup>.

Dans ce cadre-ci, l'immense majorité des juges de première instance étaient(-ils) nommés par les voisins ou par les seigneurs, et non par le roi. Or, face à cette pluralité juridictionnelle – très conflictuelle et hétérogène – en bas, au sommet le roi concentrait la juridiction nécessaire pour protéger chacun dans son droit et pour éviter ou réparer les *griefs* qui pouvaient empêcher son exercice, c'est-à-dire, pour maintenir la justice dans le royaume<sup>29</sup>. L'espace de cette juridiction suprême – ou *mayoría de justicia* (*majorité de justice*) – était tout entière dominé par le prince et couvrait l'ensemble du royaume (en marge du statut royal ou seigneurial –féodal– du territoire). On peut donc comprendre le développement institutionnel dans cet espace-ci comme le dédoublement progressif de la personne du roi, en tant que juge suprême du royaume, en institutionnalisant de tribunaux (évidemment collégiaux) qui étaient *pars corporis regis* et qui le représentaient immédiatement *in iudicando* : “in regno nostro omnes causae ad Regis cognitionem spectantes, ad cancellariarum cognitionem pertinet”<sup>30</sup>. Pourvus du sceau royal, ces tribunaux étaient des personnes géminées du roi, qui parlaient avec sa voix (la voix du roi) et qui avaient la condition de cour royale<sup>31</sup>. Dans leur condition de suprêmes, en fin, ces tribunaux étaient les successeurs du *prefecto pretorio* romain dans la tradition institutionnelle castillane et exerçaient donc la *majorité de justice*, qui réservait au prince les *cas royaux* et les ultimes appels<sup>32</sup> :

“Ergo regia Cancellaria Regis verbis responsa facit suppliciter adeuntibus, & ius reddit litigantibus, antistesque in plerisque aequitatis censetur. Denique curia Regis est, ac sub regio nomine, & sigillo literas decernit super iudicaturum exequutionibus, & super aliis rebus, quae a Cancellariae eiusdem praetorio examinantur, & diffiniuntur”<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Cf. Carlos GARRIGA, “Jurisdicción real y jurisdicciones señoriales en Castilla: la ley de Guadalajara de 1390”, dans François Foronda, dir., *Avant le contrat social. Le contrat politique dans l'Occident médiéval (XIIIe-XVe siècle)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2011, pp. 553-590.

<sup>29</sup> Carlos GARRIGA, “La ley del estilo 135: sobre la construcción de la *mayoría de justicia* en Castilla”, *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 15 (2010), pp. 315-406.

<sup>30</sup> Juan de MATIENZO, *Comentaria Ioannis Matienzo Regii Senatoris in Cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanae, 1613, lib. 5, tit., 10, l. 3, gl. 10, n. 1 (ff. 286v-287r). Ou aussi Pedro NÚÑEZ DE AVENDAÑO, *Dictionarium Hispanum, legibus partitarum regni Castellae probatum, & ad faciliorem intellectum eorum, quae hic continentur, hic additum*, dans *Quadragesima Responsa* [...], Salmantinae, 1576, ff. 167r-208v, s. v. “Canciller”: “quod plenitudo potestatis Cancellariae est adeo lata, quod aequalis cum ipso Rege videtur” (ff. 174v-175r).

<sup>31</sup> Pour cette construction, GARRIGA, *La Audiencia*, ch. 5 ; id., *Las Ordenanzas*, pp. 8-18 et 22-27, avec sources et bibliographie. Cf. KRYNEN, *L'idéologie*, pp. 62-78.

<sup>32</sup> Par exemple, Gregorio LOPEZ, P 3.24.4, gl. *O el Adelantado* [mayor de la Corte]; mais c'était un lieu commun de la doctrine.

<sup>33</sup> Diego de COVARRUBIAS Y LEYVA, *Practicarum quaestionum*, cap. 4: “De summa Regis iurisdictione quam maiorem dicimus, quamque Regio nomine suprema exercent auditoria”, dans *Omnia opera*, I, Salamanca, 1578, pp. 26-35, § 10: “Ad haec [curiae regiae] vero causae appellationum, et regulariter aliae omnes, quae ex legibus huius regni ad curiam Regiam deferri possunt, et deferendae sunt iure quodam



Il y en avait deux, depuis la fin du XV<sup>e</sup> siècle, dans la partie européenne de la Couronne de Castille : las *Audiencias y Chancillerías* o *Cortes y Chancillerías de Valladolid y de Granada*, qui étaient délimitées par le territoire (nord, sud) <sup>34</sup> ; mais en Amérique à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle il y en avait déjà treize<sup>35</sup>.

En plus, il y avait des *Audiencias*, qui n'avaient pas la condition de *chancillería* (c'est-à-dire, sans le sceau royal) et pour cette raison avaient moins de prééminence. Elles étaient trois depuis la moitié de XVI<sup>e</sup> siècle, installées en Galice, les îles Canaries et Sevilla<sup>36</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, deux autres ont été constituées en Asturies (1717) et Extremadura (1790)<sup>37</sup>. Toutes obéissaient à des circonstances propres de leurs districts respectifs, où exerçaient des compétences caractéristiques de la *majorité de justice*, mais ayant recours aux *Chancillerías* dans les cas les plus graves.

Finalement, les tribunaux suprêmes des royaumes de la Couronne d'Aragon, appelés aussi *Audiencias* (de Aragón, de Catalogne, de Valencia, de Mallorca), ont été réorganisées selon le modèle castillan au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, en vertu des décrets dits de *nueva planta*<sup>38</sup>.

De plus, la proximité de la personne du roi a favorisé le développement des compétences judiciaires du Conseil royal<sup>39</sup>. En fin de compte, "*In Regio Consistorio Rex ipse re vera praesens est, in caeteris autem Praetoriis ex autoritate sigilli, id est, per fictionem*"<sup>40</sup>. D'une part, il a toujours retenu certains *pleitos* ou catégories de *pleitos*,

---

ordinario deferuntur: quibusdam negotiis exceptis, quae Regio supremo Senatui eiusque summis consiliariis excipiuntur, et reseruantur" (pp. 34-35).

<sup>34</sup> À titre de synthèse, Carlos GARRIGA, "La Real Audiencia y Chancillería de Granada", dans *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005*, Granada, Junta de Andalucía – Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 2006, pp. 149-219; id., "La Real Audiencia y Chancillería de Valladolid", dans René J. Payo Hernanz y Rafael Sánchez Domingo, coords., *El régimen de justicia en Castilla y León: de Real Chancillería a Tribunal Superior. XXV aniversario del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León – Junta de Castilla y León, 2014, pp. 13-96.

<sup>35</sup> Cf. simplement Carlos GARRIGA, "Concepción y aparatos de la justicia: las Reales Audiencias de las Indias", dans Lilia V. Oliver, coord., *Convergencias y divergencias: México y Perú, siglos XVI-XIX*, El Colegio de Michoacán – Universidad de Guadalajara (México), 2006, pp. 21-72, avec bibliographie.

<sup>36</sup> Carlos GARRIGA, "Observaciones sobre el estudio de las Chancillerías y Audiencias castellanas (siglos XVI-XVII)", dans *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, Milano, 1990, II, pp. 757-803; id., *La Audiencia*, pp. 148-149, 211-213; Bartolomé CLAVERO, "Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia", dans *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, Sevilla, 1603 (ed. facs.: Sevilla, 1995), pp. 5-95; GARRIGA, *Las Ordenanzas*, pp. 27-28.

<sup>37</sup> Cf. Marta FRIERA ÁLVAREZ, *La Junta General del Principado de Asturias a fines del Antiguo Régimen (1760-1835)*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias – KKK, 2003, pp. 31-46; José Luis PEREIRA IGLESIAS y Miguel Ángel MELON JIMENEZ, *La Real Audiencia de Extremadura. Fundación y establecimiento material*, Mérida, 1991.

<sup>38</sup> Cf. simplement Carlos GARRIGA, "Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741). (Una contribución al estudio del régimen de la Nueva Planta)", *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret* 1, (1996), pp. 371-396.

<sup>39</sup> Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, CEC, 1982; GARRIGA, *La Audiencia*, chs. II-III et pp. 211-214, 232-240; GARRIGA, *Las Ordenanzas*, pp. 30-40.

<sup>40</sup> Juan YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sexquicenturia [...]*, t. III, Valladolid, 1629, diff. 10 ("De discrimine Regii Senatus, & Regalium Chancellariarum, & quid à vetusto Romanorum Praetorio distent", pp. 61-71), § 21.

souvent politiquement significatifs (comme les *juicios de residencia*). D'autre part, le Conseil connaissait par lettre de commission royale des recours extraordinaires réservés à la personne même du roi (*ad ipsammet personam regiam*<sup>41</sup>) : depuis le bas moyen âge, le recours *de segunda suplicación* (ou *de las mil y quinientas doblas*), contre les jugements rendus en dernier ressort pour les affaires de nature civile, qu'ils soient *casos de Corte* et portent sur des sommes très élevées<sup>42</sup> ; un recours auquel s'est ajouté, depuis le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, le recours appelé tardivement d'*injustice notoire*, pour les autres litiges civils, comme on le verra plus tard. Par ces biais, dans un processus continué, le Conseil s'est érigé en tribunal suprême du royaume<sup>43</sup>.

En fin, il convient de mettre en exergue que, dans ce cadre institutionnel, le nombre de hauts magistrats a toujours été assez limité, surtout par rapport à la France. Dans les *Chancillerías* ce nombre a été définitivement établi au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle à vingt juges environ, de sorte que, si on ajoute les juges des Audiencias de la Castille métropolitaine, on arrive à soixante hauts magistrats au maximum, avant le XVIII<sup>e</sup> siècle. Par contre, en France, le seul Parlement de Paris en comptait, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, presque 300 (magistrats). C'est évident que cela facilitait le contrôle du roi sur l'appareil judiciaire<sup>44</sup>, institutionnalisé précisément pour la *décharge* de sa conscience ("quia conscientia Magistratus vna est cum conscientia Principis"<sup>45</sup>).

Comme le disait un juge civil de Granada au temps du Charles Quint : « sa majesté confiait l'essentiel de sa conscience aux chancelleries, là où tout se retrouve et tout se termine, là où on décide sans autre forme de recours de la vie des uns, l'honneur, les états et la fortune des autres ; et là où on montre l'exemple aux subalternes »<sup>46</sup>.

Outre le modèle *de juge*, le *iudex perfectus* était un modèle *pour le juge*, le miroir dans lequel les titulaires de l'office devaient se regarder pour l'exercer comme il faut

<sup>41</sup> Gonzalo SUÁREZ de PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis, cum acyionum formulis et actis processuum hispano sermone compositiis*, Lugduni, 1739, t. I, pt. VI, cap. II, § 12 (p. 209) ; pt. VII: "De forma et modo procedendi in secunda supplicatione cum poena mille quingentarum duplarum", c. ún. (pp. 211-231).

<sup>42</sup> GARRIGA, *La Audiencia*, p. 67-102 et p. 355-358 ; Miguel PINO ABAD, *El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia*, Fundación El Monte - Marcial Pons, 2006, pp. 95-178; Antonio SANCHEZ ARANDA, *El recurso de segunda suplicación en el derecho castellano*. Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2007.

<sup>43</sup> Pour l'argument, cf. Carlos GARRIGA, "Aritmética judicial. Las operaciones de la justicia española (c. 1750-1850)", dans *História das justiças, 1750-1850: do reformismo ilustrado ao liberalismo constitucional*, Universidade de São Paulo, sous presse.

<sup>44</sup> Pour l'argument, bien que sans considérer le cas castillan, cf. Peter STEIN, « Safety in numbers : sharing of responsibility for judicial decision in early modern Europe », dans *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi. Quarto Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, Olschki, 1982, I, pp. 271-283.

<sup>45</sup> Garsía MASTRILLO, *Tractatus de magistratibus, Eorum Imperio & Iurisdictione*, Venecia, 1667, lib. III, cap. I, maxime §§ 19-20: "subdit quod scientia Papae, et eius cancellarii vna est, et proinde Princeps conscientiam suam Magistratibus conmittit, vt in pacifico statu subditos teneant, reddendo vniciue quod suum est, licet Princeps maior sit honore. [...] et demum maiorem autoritate habeat, cum ipse Magistratus eligat, et deponat" (pp. 236-237).

<sup>46</sup> *Apud* GARRIGA, *La Audiencia*, pp. 454-466 spécialement p. 455: [a las Chancillerías], "su majestad confía lo principal de su conciencia, donde todo concurre e se remata, e se quitan vidas, honrras, stados e haciendas sin aver más remedio; y donde se toma dechado y exemplo para todo lo inferior" (Dr. Escudero, oidor, c. 1522-1523).

(selon leur conscience et conformément à la justice), dans la ligne de la littérature « de regimine principum »<sup>47</sup>. C'est évidemment ici que trouve sa raison d'être un genre spécifique de discours juridique sur le « bon juge », à savoir, les harangues ou remontrances du président du tribunal – ou équivalent – à ses magistrats, en leur rappelant leur devoirs, dont le cas le plus connu est celui des *mercuriales*, notamment ceux de D'Aguesseau<sup>48</sup>. À la différence de la France, il n'y avait pas en Castille une tradition de « harangues d'ouverture », mais était par contre obligatoire la lecture des *Ordenanzas* du tribunal pendant l'*audiencia pública* au début de chaque année, bien qu'on ne connaisse pas bien la portée de cette pratique que la documentation témoigne année après année<sup>49</sup>. Il paraît qu'en 1790, par disposition royale, on a ajouté à cette pratique-ci l'obligation de prononcer un discours exhortatoire sur les devoirs de l'office, qui en perpétuant les topiques traditionnels a donné lieu à quelques pièces d'éloquence judiciaire sur le « bon juge »...<sup>50</sup>. D'une façon ou d'une autre, il s'agissait toujours de placer devant les juges le portrait du bon magistrat, qui devait les servir comme modèle dans l'exercice de l'office.

Tous ces espaces normatifs – soit jurisprudentielles, soit légaux – étaient homogènes et, modelés par le *iudex perfectus*, ils condensaient les aptitudes et les attitudes qu'on attend d'un magistrat : autrement dit, elles formaient son *habitus*, qui était spécialement dense au sein des tribunaux royaux. Les règles qui devaient orienter la désignation et la promotion de ces hauts magistrats favorisaient leur mise à l'écart sociale. Tout d'abord, les juges ne devaient pas être originaires des districts où ils exerçaient la juridiction, ne pas non plus se marier ou être enracinés de quelque façon que ce soit dans ses districts<sup>51</sup>. Et c'était par la même raison, enfin, qu'ils devaient être

<sup>47</sup> Cf. Ronald W. TRUMAN, *Spanish Treatises on Government, Society and Religion in the Time of Philip II. The 'de regimine principum' and Associated Traditions*, Leiden, 1999, pp. 117-182.

<sup>48</sup> Marie-France RENAUX-ZAGAME, « De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, 36 (2002/2), pp. 3-20 ; Jeanne-Marie TUFFERY-ANDRIEU, *La discipline des juges: les Mercuriales de Daguesseau*, Paris, LGDJ, 2007. Ceux-ci ont été traduits en castillan au début du XIX<sup>e</sup> siècle : *Arengas y discursos del Canciller D'Auguesseau, traducidos del francés por D. Joseph de Alarcon Torrubia*, 2 vols., Madrid, En la Oficina de García y Compañía, 1804.

<sup>49</sup> GARRIGA, *Las Ordenanzas*, pp. 88-89.

<sup>50</sup> Cf. Daisy RIPODAS ARDANAZ, "Los 'Discursos exhortatorios' del Marqués de Bajamar. (Una imagen del Consejo de Indias bajo Carlos IV)", *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, VI (1980) (=V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano), pp. 241-269 spécialement p. 242-243 ; MARQUES DE BAJAMAR, *Discursos al Consejo de Indias*. Edición y estudio preliminar de M. Soledad Campos Díez, Madrid, CEPC, 2002; AZNAR, *La bondad del juez, maxime*, pp. 555-556. La pratique s'enregistre aussi dans les académies de jurisprudence, qui prolifèrent depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle : Carlos GARRIGA, "La historia del derecho catalán, según el abogado Vicente Doménech (Academia de Jurisprudencia de Barcelona, 1780)", *Initium*, 17 (2012), pp. 531-582 en particulier p. 534-545.

<sup>51</sup> "Instruccion, i reglas para que la Real Camara exerza jurisdiccion en lo pertenesciente al Real Patronato" (Madrid, 6.I.1588), dans AA [=Tomo Tercero de autos acordados, que contiene nueve libros, por el orden de titulos de las Leyes de Recopilación, Madrid, Imprenta de Juan Antonio Pimentel, 1745 (ed. facs.: Nueva Recopilación, Valladolid, Lex Nova, 1982, vol. IV)] 1, 6, 4, §§ 13-23. D'après le § 15: "Hase de escusar buenamente quanto se pudiere que para la Chancilleria de Valladolid no se me propongan los Naturales de aquel distrito; ni para la de Granada del suyo, sino por el contrario; i lo mismo se guardará en lo que toca a las Audiencias de Galicia, i Sevilla, i a los Corregidores, i otros oficios de Justicia". L'interdiction de mariage provenait du *ius commune*, a été établi par les *Partidas* (3.7.6 et 4.14.2) et a été actualisée plusieurs fois dans le *ius proprium*, notamment en 1537 (NR [=Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se han

fréquemment déplacés<sup>52</sup> : « les ‘fonctionnaires’ de l’Espagne moderne – a écrit Braudel - sont [...] constamment déplacés sur l’échiquier de l’Empire espagnol, déracinés, coupés de leurs attaches locales... »<sup>53</sup>. Après lui, l’historiographie sociale a souligné souvent cette caractéristique de la Monarchie catholique, très singulière par rapport à celle de la France, purement politique et sans distinguer sa raison d’être juridique, dans la logique d’une justice de juges<sup>54</sup>.

C’était également en réponse à cette logique que les magistrats étaient soumis à un ensemble prolixe d’obligations et d’interdictions, qui au fil du temps et en vertu de la casuistique, les encerclaient de plus en plus, jusqu’à former une maille tellement dense qu’ils étaient pratiquement obligés à vivre enfermés dans leur propre corps<sup>55</sup>. L’isolement donc comme norme suprême de conduite sociale. Comme le disait ironiquement Alonso de León, juge du crime de la *Chancillería* de Granada, en 1522 : « les juges nous ne devons avoir de conversation avec personne, mais on doit aller au tribunal et en finissant monter au ciel »<sup>56</sup>. Encore à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la « constitution morale de l’office du juge » (Krynén) toute entière pouvait se résumer en disant, tout simplement :

---

*mandado imprimir, con las leyes que despues de la vltima impression se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor. Esta recopilacion va dividida en tres tomos [...], Madrid, Por Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, 1640] 2.4.25) et 1575, à l’occasion pour l’Amérique. Selon la RC Madrid, 10.II.1575, qui a été périodiquement confirmée (1582, 1592, 1619; RI [=Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II. [...] Quarta impresion. Hecha de órden del Real y Supremo Consejo de las Indias, Madrid, Por la Viuda de D. Joaquin Ibarra, impresora de dicho Real y Supremo Consejo, 1791; ed. facs., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1998] 2.16.82): « [...] conviene á la administracion buena de la nuestra Justicia, y lo demás tocante á sus oficios, que estén libres de parientes y deudos de aquellas partes, para que sin pasion hagan y exerzan lo que es á su cargo, y despachen y determinen con toda entereza los negocios, de que conocieren, y no haya ocasion ni necesidad de usar las partes de recusaciones y otros medios, para que se hayan de abstener del conocimiento de ellas [...] » (Cedulario [=Diego de ENCINAS, Cedulario Indiano, 1596; ed. facs., Madrid, 1946], I, p. 351). Cf. Carlos GARRIGA, “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 34 (2006), pp. 67-160 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2388772>): 118-124, où peuvent se trouver les sources légales et jurisprudentielles correspondantes. Voir aussi, BARBAS HOME, *Judex perfectus*, pp. 760 ss.*

<sup>52</sup> *Instrucción*, 1588 (=AA 1, 6, 4), § 20: “las promociones en los oficios de Justicias son mui convenientes, assi para premiar à los que lo merecen (...) como para desarraigarlos de las amistades, que cobran en los Lugares, donde estàn largo tiempo [...]”.

<sup>53</sup> Fernand BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l’époque de Philippe II*, Paris, Armand Colin, 1990<sup>9</sup>, II, pp. 392-395.

<sup>54</sup> Par exemple, BURKHOLDER et D. S. CHANDLER, *De la impotencia a la autoridad*, cit. ; Jean-Marc PELORSON, *Les Letrados, juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l’État*, Université de Poitiers, 1980, pp 83-95 ; Richard L. KAGAN, *Lawsuits and litigans in Castile (1500-1700)*, Chapel Hill, 1981, pp. 173-189 ;

<sup>55</sup> Voir simplement GARRIGA, *La Audiencia*, pp. 280 ss; id., *Sobre el gobierno de la justicia*, §§ 4-6. Pour les ordenanzas des tribunaux et ses éditions, id., *Las Ordenanzas*, pp. 92-107.

<sup>56</sup> Cité par GARRIGA, *La Audiencia*, p. 287: “los juezes no hemos de tener conversaci3n con nadie, sino yr a juzgar y en acabando sobirnos al cielo”.

« Pour qu'un magistrat soit parfait, il faut qu'il renonce à être lui-même, c'est-à-dire qu'il renonce à toutes ses affections et ses passions désordonnées »<sup>57</sup>.

Toute une série de garanties étaient disposées à dessein pour éviter que la personne privée puisse prévaloir sur la personne publique du juge et pour corriger le *mal jugé* (*mal juzgado*) qui en résulterait.

## II

« Duo sunt contra iudicij improbitatem remedia. Ante sententiam recusatio. Post sententiam appellatio »<sup>58</sup>.

Voici les garanties de la justice dans l'univers conceptuel du *ius commune* : récusation et appel sont des remèdes, ou des recours, contre le *mal jugé* (*iudicij improbitatem*), dû au comportement négligent ou volontairement injuste du magistrat, qui se nourrissent réciproquement ("appellatio et recusatio pari passu ambulent")<sup>59</sup>. Récusation et appel partagent l'objectif et remplissent la même fonction, mais ils se différencient tout d'abord en raison du moment précis de la procédure où on peut en faire usage (avant ou après la sentence) : l'une et l'autre sont respectivement interjetés, disaient les juristes, *en raison de suspicions et d'offenses* (*propter suspicionem y propter gravamen*), c'est-à-dire, pour éviter ou corriger (et réparer, le cas échéant) les griefs (offenses) commis par les juges<sup>60</sup>. Donc récusation et appel affectaient de manière tellement directe le droit de défense qu'on les unissait souvent en tant que *remède naturel et privilégié par le droit*<sup>61</sup>.

Indépendamment du régime de la procédure, le point cardinal de la récusation pour ce qui est des hauts magistrats a toujours été l'extraordinaire ampleur des *justes causes* de suspicion, qui en Castille sont restées en marge de toute réglementation légale<sup>62</sup>. En revanche, ce sujet a fait l'objet d'un traitement jurisprudentiel intense, dont le but déclaré était celui de bannir les passions corruptrices afin que la justice

<sup>57</sup> LLAMAS Y MOLINA, *Sobre las obligaciones del juez*, p. 579: « un magistrado para ser perfecto es necesario que se niegue a sí mismo, esto es, a todos sus afectos y pasiones desordenadas ».

<sup>58</sup> Cristóbal CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, & Regiæ Audientiae Valentinae*, Lugduni, Typographia Hugonis Denovally, 1677, pars I, obs. IX, q. VI, § 60 (pp. 138-147: 144); obs. X, § II, § 83: "Duo sunt contra iudicij improbitatem remedia. Ante sententiam recusatio. Post sententiam appellatio: Judex enim ob gravamina jam illata non recusatur, sed ab eo appellandum est [...]. Atque haec duo aequiparari solent ut in cap. super eo 12. de appellationibus [X 2.28.12], ubi licet de Jure Canonico posse ante sententiam appellari dicatur; id tamen intelligitur cum rationabili causa [...]" (pp. 147-156 en particulier p. 155).

<sup>59</sup> Cf. Carlos GARRIGA, "Contra iudicii improbitatem remedia. La recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla", *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 11 (2006), pp. 157-382: 158-159n3.

<sup>60</sup> GARRIGA, *Contra iudicii*, pp. 168-170, avec les sources.

<sup>61</sup> Comme soulignait Juan de SOLORZANO Y PEREYRA, *Política indiana*, 5 vols., Madrid, 1930 (qui reproduit la édition de 1776), lib. V, cap. XIII, n. 44 y cap. XVIII, 11: "en caso de duda, siempre debemos deferir á la apelación, por ser este remedio natural y favorecido en derecho é igualarse de ordinario con el de la recusacion [...]" (IV, pp. 228 y 287).

<sup>62</sup> À la différence de la France : Boris BERNABE, *La récusation des juges. Étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 155-272, maxime p. 231-250 et p. 259-270.

puisse être rendue (*suum unicuique tribuere*)<sup>63</sup>. La souche de cette doctrine se trouve dans le texte déjà mentionné du *Decretum*, qui énumère « quatuor modis humanum iudicium peruertitur », dans la mesure où tous les quatre mettent en avant la personne privée au détriment de la personne publique du magistrat, en inclinant indûment son esprit vers l'une des parties. Élevée sur ce socle, la doctrine luxuriante des justes causes de récusation est devenue la contre-image du *iudex perfectus* ; autrement dit : elle formulait en termes de garantie l'ensemble des devoirs et des interdits qui intégraient le régime de l'office du juge<sup>64</sup>. Toutes ces causes tournaient autour de deux pôles, à savoir : l'isolement social et le secret. Celui de l'isolement social avait pour but d'éviter les relations de famille et d'amitié ou d'inimitié du juge avec les justiciables. Celui du secret, pour sa part, agissait comme un dispositif pour la protection processuelle des décisions judiciaires (jugements)<sup>65</sup>. On peut ainsi dire que, si les ordonnances des tribunaux disciplinaient la personne publique du juge, les justes causes de récusation l'écartaient de sa personne privée, mais les deux avaient pour finalité de construire le *iudex perfectus* sur le terrain de la pratique curiale.

La récusation avait son complément de garantie dans l'appel, qui à son tour était intimement lié à la responsabilité commune (civile et pénale) du *iudex iniuste iudicans* (du juge fautif) : à savoir, l'obligation que celui-ci avait de répondre – *ex maleficio* ou *quasi ex maleficio* – de son mauvais jugement, en réparant le dommage causé dans l'exercice de l'office<sup>66</sup>. En fait, dans cet ordre juridique-là, l'appel (dont la raison d'être était de vérifier la justice du jugement) devenait alors une sorte de condition logique de la responsabilité. En fin de compte, on sanctionnait précisément le *mal jugé*, c'est-à-dire, l'injustice causée soit volontairement soit par ignorance, bien que la déclaration préalable de l'injustice en voie d'appel n'était pas nécessaire<sup>67</sup>.

Si le terme *office* (*officium*), conformément à sa racine latine, lie indissolublement le pouvoir (*iurisdictio*) au devoir (*iustitia*), alors l'office du juge rassemble les règles du droit qui déterminent ce que le magistrat peut et doit faire en tant que personne publique, en prescrivant en même temps les sanctions qu'il mérite (ou plus

<sup>63</sup> Cf. GARRIGA, *Contra iudicii*, pp. 292-319.

<sup>64</sup> Cf. Francisco CARRASCO DEL SAZ, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae; explicataeque quaestiones plures, antea non itae discussae, in praxi frequentes iudicibus quibuscumque nec non causidicis, et in Scholis utiles, etiam Theologiae Sacrae professoribus, et confessoriis*, Hispali, Hieronimum a Contreas, 1620, cap. IX [*Tractatus de recusationibus*: ff. 111r-150r].

<sup>65</sup> LARREA, *Allegationum*, alleg. CXVIII: "De recusatione Senatoris", pp. 208-215; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Iudex perfectus*, rubr. XIV, an. 4, § 29 (pp. 231-232) ; GARRIGA, *Contra iudicii*, pp. 312-316.

<sup>66</sup> Cf. Ugo NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, Cedam, 1955, pp. 370 ss. ; PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, pp. 13 ss. , p. 162 et p. 202-203 ; Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 91 ; Robert Jacob, "La formation de la déontologie judiciaire", dans id., *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014, pp. 309-332.

<sup>67</sup> Au moins depuis que Bartolo de Sassoferrato s'a occupé des relations parmi l'appel et l'action contre le *iudex iniuste iudicans*, dans sa quaestio "Iudex per imperitiam iudicavit contra ius" (Perugia, 13.X.1345), qui a été publiée par Diego QUAGLIONI, "La responsabilità del giudice e dell'ufficiale nel pensiero di Bartolo de Sassoferrato", dans "*Civilis sapientia*". *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna*, Rimini, 1989, pp. 77-106. Or, la responsabilité du juge restait conditionnée par ces relations-ci, comme souligne très bien CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. V, cap. III ("Como se deve proceder en las Querellas, ò Demandas de particulares, que se ponen en Residencia") (II, pp. 552-564).

précisément, en déterminant les obligations qu'il contracte) s'il utilise le pouvoir de l'office dans son propre intérêt : dans ce cas, le juge devient tout simplement personne privée (*censetur ut privatus*) et, par conséquent, est obligé de réparer les dommages indûment causés, conformément aux règles communes de la responsabilité par *dol* et *culpa* (faute non intentionnelle), c'est à dire, *ex delicto* et *ex quasi delicto*<sup>68</sup> (responsabilité d'ailleurs très atténué en ce qui concerne les hauts magistrats, étant donné leur identification avec la personne du roi).

C'est la raison pour laquelle, en effet, la responsabilité civile (c'est à dire, par *culpa*, en tant que négligence ou ignorance) n'engageait pas (ou presque pas) les hauts magistrats, puisque leurs sentences avaient la considération de jugements du prince<sup>69</sup>. En Castille, cette situation a accentué l'importance de la discipline de ces juges et, comme on le verra par la suite, a favorisé la mise en place progressive de la *visita*, alors que les juges ordinaires étaient soumis au *juicio de residencia* (qui était la version castillane du *sindacato*).

Si l'on y regarde de près, le régime des garanties de la justice déterminait que la définition et l'efficacité pratique du *iudex perfectus* étaient ordinairement du ressort de l'appareil judiciaire, qui a toujours agi en synergie avec la doctrine pour produire et reproduire l'*habitus* du juge.

### III

Bien sûr, chaque juge avait la faculté de déclarer lui-même le droit et d'imposer ses décisions par la contrainte, mais l'intégration de tous les juges dans un appareil hiérarchisé grâce aux recours judiciaires – surtout l'appel –, favorisait la prévalence des consensus jurisprudentiels établis. Il convient de souligner, à ce propos, la position des tribunaux suprêmes (cours souveraines), qui résolvaient en dernière instance les litiges, en tant que représentants collégiaux du *princeps in iudicando*. En Castille – à la différence de la Couronne d'Aragon –, ils suivaient tous la règle du *ius commune* contraire à la motivation des jugements (*exprimere causam in sententia*), fondée, comme on le sait, sur le risque insurmontable d'invoquer une *cause fausse* (ce que nous appellerions l'incertitude juridique) : « Notissima est in iure conclusio, quod in sententia non est causa inserenda, alias enim fatuus esset iudex, qui id faceret, uptote, quia aperit viam suae ipsius impugnandae sententiae »<sup>70</sup>. Ceci ne signifie pas que le

<sup>68</sup> Cf. Carlos GARRIGA, "Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la *visita* del Ordenamiento de Toledo (1480)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 (1991), pp. 215-390, *maxime*, §§ 5 y 9, n. 119; Cf. BARBAS HOMEM, *Judex perfectus*, pp. 607-660.

<sup>69</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. V, cap. III, §§ 55-65: "Si contra Presydenete y Oydores [de las Chancillerías] se admitiran demandas de mal juzgado en visita" (II, pp. 548-550). Cf., p. ex., GARRIGA, *La Audiencia*, pp. 407-411 ; Riccardo FERRANTE, *La difesa della legalità. I sindacatori della Repubblica di Genova*, Torino, G. Giappichelli, 1995, pp. 167-239 ; Cf. BARBAS HOMEM, *Judex perfectus*, pp. 655-656; GARRIGA, *Justicia animada*, pp. 96-99. KRYNEN, *L'idéologie*, pp. 191-212.

<sup>70</sup> X.2.27.16 (*Sicut nobis*, 1199). Hieronymo de CAEVALLOS, *Practicarum et variarum quaestionum communium contra communes* [...], Toledo, 1600, lib. 2, q. 718 (II, pp. 360-361). Cf. Gian Paolo MASSETTO, "Sentenza (diritto intermedio)", *Enciclopedia del diritto*, t. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1200-1245, *maxime* 1224-1235; Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, "El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), pp. 97-142, et *id.*, Cádiz, 1812. *La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos



jugement était dépourvu de motivations, mais celles-ci restaient dans le secret de la conscience et/ou de la cour : le jugement ne donne pas raison de soi-même. Comme l'a écrit Ajello « la sentenza è, insomma, *motum animi*, e nell'*animus* del magistrato è l'unica garanzia di legalità offerta dell'ordinamento »<sup>71</sup>.

Si on considère sa dimension institutionnelle, en Castille le problème de la justice était résolu grâce à l'arithmétique des instances et des votes, c'est-à-dire, en décidant combien de juges du même jugement devaient être réunis pour considérer définitivement résolu un procès (*chose jugée*), soit successivement par le biais de l'échelle verticale des recours (trois sentences conformes), soit simultanément sur le plan horizontal au sein des tribunaux suprêmes (trois votes conformes)<sup>72</sup>. Ou, autrement dit, le consensus judiciaire, qui résultait de la combinaison des instances et des votes, était l'unique critère de certitude (ou vérité) possible dans un ordre qui, en tant que jurisprudentiel, était régi par l'arithmétique des opinions probables.

Bien sûr, le roi, en tant que sommet de cet ordre, avait toujours la possibilité d'intervenir par voie de grâce sur la justice (en privilégiant une partie au détriment de l'autre), et en réalité il est intervenu de façon variable, selon des circonstances de lieu et de temps, tout au long des siècles dits modernes : très intensément jusqu'au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle et après de façon plus occasionnelle et discrète<sup>73</sup>. Il me semble très significatif que encore à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle la Monarchie sente la nécessité de déclarer son intention de s'abstenir de toute intervention dans l'administration de la justice<sup>74</sup>. Quoi qu'il en soit, c'est vrai que sa politique – la politique judiciaire du roi –

---

y Constitucionales, 2007, pp. 261-312; Fulvio MANCUSO, *"Esprimere causam in sententia". Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, 1999; Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, "La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage?", *Revue historique de droit français et étranger*, 82-2 (2004), pp. 171-188.

<sup>71</sup> AJELLO, *Arcana juris*, pp. 338-343. Sur le problème de la conscience du juge, outre l'ouvrage dirigé par CARBASSE et DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, déjà cité, voir MECCARELLI, *Arbitrium*, maxime P. III, ch. I ; Paolo PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 193-211, 332-344 ; Marie-France RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, pp. 156-243 ; KRYNEN, *L'idéologie*, pp. 91-103 ; James Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale U. P., 2008, cap. 4. Pour le cas castillan, GARRIGA, *Sobre el gobierno de la justicia*, pp. 124-136; ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías*, pp. 102-112.

<sup>72</sup> J'ai développé largement cet argument dans *Aritmética judicial. Las operaciones de la justicia española (c. 1750-1850)*.

<sup>73</sup> Cf. John B. OWENS, *Despotism, Absolutism and the Law in Renaissance Spain: Toledo versus the Counts of Belalcazar (1445-1574)* (UMI), Ann Arbor, 1973, pp. 125-130 y cap. 4 *passim* (esp. pp. 158-160); Richard L. KAGAN, *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700* (ed. orig. inglesa 1981), Valladolid, Junta de Castilla y León, 1991, maxime pp. 49-50, 68-69 y 153-155; GARRIGA, *La Audiencia*, pp. 117-127, 163-182, 214-215; Bartolomé CLAVERO, "La Monarquía, el Derecho y la Justicia", en E. Martínez Ruiz y M. de Pazzis Pi, coords., *Instituciones de la España Moderna. 1. Las jurisdicciones*, Madrid, Actas, 1996, pp. 15-38 : 27-38; John B. OWENS, "By My Absolute Royal Authority". *Justice and the Castilian Commonwealth at the Beginning of the First Global Age*, University of Rochester Press, 2005, maxime cap. 5; Carlos GARRIGA, *La Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, pp. 27-39.

<sup>74</sup> RO Palacio, 9.I.1770: "que no se expidan cartas ni provisiones, ni se admitan apelaciones o recursos que no sean conforme a derecho; y que si algunas se despachasen en contrario se obedezcan, y no se cumplan" (Archivo General de Indias, Indiferente, leg. 829: cuad., ff. 132r-133v); NoR (=Novísima Recopilación de las Leyes de España, Madrid, 1805) 4.2.5. Cf. M. Paz ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPC, 2008, pp. 192-193.

en tant qu'ultime responsable de la justice était surtout concentrée sur le contrôle des conditions normativement établies pour leur détermination judiciaire.

Outre le fait d'organiser le gouvernement de la justice – en nommant des magistrats qui la rendraient en son nom et en facilitant des moyens pour l'exigence de leur responsabilité –, le roi devait avoir une attitude constamment vigilante sur ses ministres, toujours attentif à la clameur des sujets (du peuple) et prêt à les dédommager, comme en l'occurrence ils déduisaient du passage biblique « *descendam et videbo* » (Gén., 18), communément utilisé pour légitimer cette activité du roi à la décharge de sa conscience (*en descargo de su conciencia*). La *pesquisa general* (*inquisitio generalis*) a été le principal dispositif articulé en Castille à cet effet, soit en faisant partie du *sindacato* des juges ordinaires (*juicio de residencia*), soit sous la forme de *visite* des tribunaux royaux, qui a plus d'intérêt pour nous<sup>75</sup>.

Commencée par les Rois Catholiques en 1484 et pratiquée avec une périodicité irrégulière jusqu'à milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, la visite était, en effet, une enquête générale (*inquisitio generalis*) sur l'état des tribunaux, qui était menée par un commissaire royal (le visiteur, souvent un évêque<sup>76</sup>) sans contraintes de procédure ("Modus autem procedendi in Visitatione generali, [...] arbitrio ipsorum Visitorum remissus est"<sup>77</sup>) et de façon rigoureusement secrète, car on cachait l'identité et les témoignages des témoins de charge<sup>78</sup>. De point de vue juridique, le problème qu'a toujours posé la visite a été justement ce rigoureux secret, contraire au *droit naturel* de défense (des magistrats visités<sup>79</sup>). Qualifié pour cette raison de « jugement irrégulier et anormal » (*juicio irregular y anómalo*<sup>80</sup>), l'unique fondement valide de la visite dans cet ordre-là était le « tacite consentement » (*tácito consentimiento*) du juge au moment d'accéder au

<sup>75</sup> Cf. GARRIGA, *Control y disciplina*, pp. 215-390 ; FERRANTE, *La difesa della legalità*, pp. 195-203 et p. 232-239 ; Carlos GARRIGA, "La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado", dans *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, Buenos Aires, 1997, III, pp. 51-79 ; Benjamín GONZALEZ ALONSO, "Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el antiguo régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2000), pp. 249-271.

<sup>76</sup> Les *visitadores* devaient être, on disait, "non homines (si fas est dicere) sed Angelos" : Juan REDIN, *De maiestate principis, Tractatus, relectione Proemii Imperialium Institutionum accommodatus*, Vallisoleti 1568, rubr. *Sed etiam legibus oportet esse armatam* (ff. 43v-57v), §§ 202 ss. (f. 95rv) ; Gabriel BERART ET GASSOL, *Speculum visitationis secularis omnium magistratum, iudicium, decurionum, aliorumque Reipublicae Administratorum*, Barcelona, 1627, cap. II ("De visitoribus eligendis, et illorum qualitate") : "quod in recto, & iusto Visitatore potissimum concurrere debent sex requisita: scilicet Peritia, Bonitas, Constantia, Eloquentia, Diligentia, & Prudentia" (pp. 4-12) ; Juan Bautista LARREA, *Novarum Decisionum Granatensium. Pars. Secunda*, Lugduni, 1658, decis. XCVIII, §§ 28, 39 et *passim*.

<sup>77</sup> MASTRILLO, *Tractatus de magistratibus*, lib. VI, cap. II, § 23 (p. 323).

<sup>78</sup> GARRIGA, *La Audiencia*, pp. 407-428 ; id., *Las Ordenanzas*, pp. 63-80.

<sup>79</sup> CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, Pars secunda, obs. LXXXIX, "De testium nominibus non subtrahendis in causis visitationum Officialium Sanctae Cruciatæ" : "Certi Juris est, non solum testium dicta, sed eorum nomina publicanda esse partibus" (pp. 150-153). Cf. Gino GORLA, "Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti del potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII", dans *Diritto e potere*, II, pp. 629-684 : 639-640 ; MECCARELLI, *Arbitrium*, pp. 121-128.

<sup>80</sup> Juan Bautista VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia sive Responsa Juris*, Coloniae Allobrogum, 1727, cons. CLV (II, pp. 275-281), § 118.

office : “*Iudices eam procedendi formam scientes et consentientes, videri tacitè renuntiare testium publicationi [...] quo solo fundamento [...] satisfactum esse arbitror*”<sup>81</sup>.

Bien sûr, les visites ont provoqué toujours les lamentations des magistrats et ont suscité partout l’opposition montante de la jurisprudence, en défense de l’autorité des juges<sup>82</sup> ; mais elles ont été justifiées par le Monarchie à plusieurs reprises en invoquant le *bien public* qu’elles rapportaient :

« Y lo que principalmente le justifica es lo que interessa la república en que se castiguen los delitos que cometen [...] personas tan poderosas como son los que tienen officios públicos [...] y pessa tanto el tener enfrenados los ministros [...] que las reglas del derecho natural que se conservan con esto en consideración del bien público pessen mucho más y son de utilidad más pública y común que las que se quiebran en no guardarse el procedimiento regular y ordinario en los juicios »<sup>83</sup>.

La visite avait trois objectifs principaux, qui devaient être atteints par le roi et son Conseil, au vu de l’information réunie : punir les méchants (*malos*), récompenser (c’est-à-dire, promouvoir) les bons (*buenos*) et actualiser le corpus normatif des

---

<sup>81</sup> REDIN, *De maiestate principis*, §§ 166-198: 198 (ff. 92r-95r: 94v-95r); CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. V, cap. I, § 129 (II, p. 449); LARREA, *Novarum Decisionum*, decis. XCVIII, § 23 (pp. 223-224); Lorenzo MATHEU Y SANZ, *Tractatus de Re Criminali*, Lugduni, 1738, controuv. LXXI, § 13 ss et controuv. LXXIV, § 34 ss.

<sup>82</sup> Cf., p. ex., Pedro GONZALEZ DE SALZEDO, *Analecta iuris sive ad hispanas leges in illarum novissima compilatione novissime auctas [...]*, Mantua Carpetanae, 1643, sur NR 2.4.64 (pp. 50-57); Juan Bautista LARREA, *Allegationum fiscalium pars secunda. In qua, ultra iuridica, plura politica elucidantur*, Lvgdvni, 1666, II: alleg.C (“Magistratum auctoritas”, pp. 118-121), alleg. CI (“Delationibus contra Magistratus Princeps non deferat”, (pp. 121-125), CIII (“Princeps magistratibus fidat, & defectus illorum occultet”, pp. 130-133); id., *Novarum Decisionum*, XCVIII, maxime §§ 23-27 et 43-46 (pp. 223-224, 228-229). Depuis le règne d’Aragon, et à propos de la *observantia Regni Castellae*, disait CRESPI DE VALDAURA, *Observationes*, pte. II, obs. LXXXIX, § 27 : “Mihi sanè grave inconveniens videtur, justam novum, & singulari introduci, ut in his causis subtrahantur, & id jam pro regula constituatur in his causis, contra non solum juris civilis, & canonici regulas, sed etiam contra jus gentium, cum ferè apud omnes gentes peraequè custodiatur, ut nomina testium publicentur, nisi in causa Fidei, vel parte ipsa consentiente” (p. 152). Cf. Paola VOLPINI, *Lo spazio politico del ‘letrado’*. Juan Bautista Larrea magistrato e giurista nella monarchia di Filippo IV, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 297-332. Dans le même sens, Pier L. ROVITO, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento. I. Le garanzie giuridiche*, Napoli, Jovene, 1981, pp. 75-224, maxime 87-98.

<sup>83</sup> Consulta du président du Conseil au roi, Madrid, 3-X-1624: “pues quando concurren dos derechos naturales encontrados, vence el de superior razón y aviendo tantas que justifican este modo de proceder en visitas y que siempre se elijen para ellas jueces superiores de quien tanto se confía [...], a cuyas letras, prudencia, zelo y justificación se deve deferir tanto [...]” (A[rchivo] G[eneral de] S[imancas], Gracia y Justicia, leg. 889).

tribunales par les chapitres de visite (*capítulos de visita*)<sup>84</sup>. La pratique confirme abondamment toutes les trois utilités<sup>85</sup>.

Cependant, la visite a cessé en Castille métropolitaine. Certes, mise à part l'opposition des juges, elles étaient très lentes et pesantes, mais est-ce qu'elles n'étaient pas déjà nécessaires ? Probablement, l'éclipse de la visite contribue à expliquer l'émergence, depuis le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, du recours tardivement appelé d'*injustice notoire*<sup>86</sup>. Il s'agissait d'un recours judiciaire extraordinaire, interjeté devant le roi et connu par son Conseil en examinant le dossier complet de l'affaire, qui avait pour objet d'éviter que les jugements définitifs des tribunaux suprêmes aient effet de chose jugée – *quia coram Principe non habet locum exceptio rei iudicatae*<sup>87</sup> – s'il y avait une cause suffisante, que depuis 1740 et sans plus de précisions a été appelé *injustice notoire*<sup>88</sup>. Compte tenu qu'il s'agissait des sentences des tribunaux qui parlaient avec la voix du roi, le problème – très débattu et jamais résolu – c'était : qu'est-ce que c'est une *injustice notoire*<sup>89</sup>. Or, il paraît que la finalité première de ce recours, le *recurso de injusticia notoria*, a été le contrôle des magistrats des cours souveraines, c'est-à-dire :

« haber sido primario objeto del Consejo [Real] acomodar por medio de estos recursos una inspección gubernativa, y de su propio oficio, en la vigilancia y cuidado de la rectitud, y demás calidades con que se deben gobernar los Ministros de Justicia [de los

---

<sup>84</sup> D'après Felipe II: "Presupónese que en estas visitas se pretenden dos cosas: la vna saber cómo los oficiales [incluyendo a los magistrados] se han auido en el uso de sus oficios, para castigar a los que se hallaren culpados y hazer merced a los que bien han servido; y la otra ordenar para adelante lo tocante a estos tribunales y oficios, de manera que en ellos aya el bueno y breue despacho que combenga" ("Relación sumaria de las visitas de contaduría y cruzada que hizo el doctor Velasco": AGS, Cámara de Castilla, leg. 2710, s. fol.).

<sup>85</sup> Outre les titres déjà cités, cf. simplement Mireille PEYTAVIN, *Visite et gouvernement dans le royaume de Naples (XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2003 ; GARRIGA, *Las Ordenanzas*, pp. 63-80.

<sup>86</sup> Pour cette expression-ci, Miguel RUANO, *Tratado succincto sobre el recurso de injusticia notoria, y del grado de segunda suplicacion*, Madrid, Oficina de Pantaleón Aznar, 1782, ptes. IV-VI, §§ 52-97 (pp. xlv-lxxix) ; Riccardo FERRANTE, *La difesa della legalità. I sindacatori della repubblica di Genova*, Torino, G. Giappichelli, 1995, pp. 215-232, à propos de la doctrine du bas moyen âge.

<sup>87</sup> Francisco CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus de casibus curiae [...]*, Madrid, Apud Ioannem González, 1630 (dans son *Opera omnibus iurium scientiae studiosis utilissima*, Madrid, Iulianum de Paredes, 1648), §§ 162-170, 178-189 (pp. 30-34).

<sup>88</sup> AA 17.II.1700 (4.20.6), 24.IV.1703 (4.20.7), 12.I.1740 (4.20.10); NoR 11.23.1 y 2. Cf. M. Paz ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPIC, 2008, pp. 116-121; Miguel PINO ABAD, "El recurso de injusticia notoria (1700-1868)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80 (2010), pp. 641-670; et pour l'Amérique, id., "El recurso de injusticia notoria en el Derecho indiano", dans *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América*. [...] Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, pp. 301-315.

<sup>89</sup> Outre les œuvres de Ruano et de Martín Alfocea, cf. Francisco Antonio de ELIZONDO, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, t. V, 6<sup>a</sup> reimpr., Madrid, 1792, cap. IX; ELIZONDO, *Práctica*, t. VI, cap. X; [José ACEDO RICO] EL CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan, y acaban en los Tribunales reales*, t. I, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Oficina de Don Benito Cano, 1794, pte. III, cap. IV; Ramón Lázaro DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público General de España, con noticia particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*, Madrid, 1800, lib. III, tit. II, cap. XI, sec. III, art. V.

tribunales supremos], de quien depende la principal felicidad del Reino, y que por ello ha tenido una especie de superintendencia sobre sus operaciones [...] »<sup>90</sup>.

\* \* \*

En fin de compte, la justice ne résultait pas des lois, mais elle était le produit des juges, donc il ne semblait pas nécessaire de contrôler et d'assurer l'application correcte des lois, mais plutôt de garantir la conduite juste des juges. Dans cet ordre-là, le *bon juge* apparaît comme condition *sine qua non* de la justice. En d'autres termes, l'*habitus* du juge produit la justice.

Une justice donc (on le répète pour la dernière fois) *des juges*, et non *des lois*, qu'était inhérente à l'ordre juridique traditionnel<sup>91</sup>. Et justement pour ceci, comme nous montre le périple hispanique (espagnol et américain) du XIX<sup>e</sup> siècle, malgré les mille et une réformes organiques mises en place, la configuration judiciaire de la justice s'est maintenue tout autant que l'ordre juridique d'où elle provenait et qu'elle servait<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Juan Antonio MARTIN ALFOCEA, *Observaciones originales sobre los autos acordados que dieron regla para la introduccion del recurso de injusticia notoria* [...], Madrid, Imprenta de Miguel escribano, 1784, ch. I, §§ 23-26, en répondant à la question suivante: "El objeto principal que á el principio pudo mover á admitir estos recursos, se nos manifiesta bastantemente complicado, entre serlo por *causa pública* é inspeccion de la manera en que se administraba justicia, ó precisamente por el *interés de tercero*" (pp. 20-22).

<sup>91</sup> Carlos GARRIGA, "Os limites do *reformismo* *bourbônico*: a propósito da administração da justiça na América espanhola", *Almanack* (Universidade Federal de São Paulo), 6 (2013), pp. 38-60 (<http://www.almanack.unifesp.br/index.php/almanack/article/view/1054>).

<sup>92</sup> Cf. Marta LORENTE, coord., *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2007 ; Carlos GARRIGA, coord., *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, D. F., Instituto Mora *et al*, 2010; Carlos GARRIGA et Andréa SLEMIAN, "Em trajes *brasileiros*: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850)", *Revista de História* (Universidade de São Paulo), 169 (2013), pp. 181-221 (<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/69187>).

---

## La justice, un fonds commun européen ?

Wanda MASTOR

Dans le nouvel espace public européen, la justice se veut plurielle. Un pluriel non seulement mathématique, si l'on conçoit l'Europe comme une agglomération d'ordres juridiques et donc judiciaires. Un pluriel induit aussi logiquement par la présence, au sein de chaque ordre juridique, de plusieurs justices : justice constitutionnelle, civile, pénale, administrative... qui coexistent, coopèrent avec les juridictions des pays voisins, et qui ne sauraient se concevoir de nos jours abstraction faite de leur rapport avec les juridictions supranationales. Rapport si complexe que s'est développée, en droit public, une nouvelle discipline qualifiée de « rapport de systèmes ».

Cette question des rapports nécessite –outre le maniement de plusieurs disciplines, plusieurs contentieux- une réflexion d'un très haut degré d'exigence, notamment terminologique. Primauté n'est pas suprématie, ordre n'est pas système, hiérarchie n'est pas dialogue et les notions qui sont appelées au secours des doutes et hésitations le sont parfois, malheureusement, de manière insuffisamment rigoureuse. Dire qu'il « faudrait » que les juges dialoguent<sup>93</sup> au sein d'un système harmonieux et non autoritaire devrait être argumenté de manière systématique. L'harmonie ne va pas de soi (rien ne va d'ailleurs « de soi » en droit). L'essentiel en droit réside toujours dans la justification des discours, et ceux relatifs aux rapports de systèmes, de manière fort singulière, foisonnent de métaphores, jeux de mots et autres images qui n'ont pas qu'une visée cosmétique. Ils dissimulent aussi –peut-être- la difficulté, pour une certaine partie de la doctrine, d'identifier clairement les rapports observés. Les images utilisées par les auteurs reflétant le malaise dialogique ne manquent effectivement pas<sup>94</sup> : « le verrou est-il déjà mis ? »<sup>95</sup>, « un faux pas dans le dialogue des juges ? »<sup>96</sup>,

100

---

<sup>93</sup> La paternité de l'expression « dialogue des juges » semble revenir au Président Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt du 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur contre Cohn Bendit* : « Il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges », *Dalloz* 1979, p. 155.

<sup>94</sup> Ce recensement terminologique a pu être effectué grâce à la précieuse bibliographie de MAGNON (X.) (sous la direction de), *La question prioritaire de constitutionnalité, pratique et contentieux*, Litec, collection Procédures, 2011, pp. 345 et suivantes.

<sup>95</sup> BAILLON-PASSE (C.), « Premières décisions du juge *a quo* et premiers enseignements sur le traitement de la QPC : le verrou est-il déjà mis ? », *LPA* 2010, n°122.

<sup>96</sup> BIANCARELLI (J.) et BARRAUD (G.), « La QPC et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges ? », *LPA* 2010.

« vers un gouvernement du juge constitutionnel »<sup>97</sup>, « l'impossible conciliation »<sup>98</sup>, « quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? »<sup>99</sup>, « une partie de billard à trois branches »<sup>100</sup>, « la Cour de cassation persiste et signe »<sup>101</sup>, « brouillard dans les institutions »<sup>102</sup>, « du bon usage de la guerre des juges par le justiciables »<sup>103</sup>, « la Cour de cassation fait barrage »<sup>104</sup>, « la Cour de cassation brouille les cartes »<sup>105</sup>, « entre méfiance et prudence »<sup>106</sup>, « pourquoi tant de méfiance ? »<sup>107</sup>, « harmonies et dissonances des monologues juridictionnels croisés »<sup>108</sup> ...

C'est au sein de ce rapport de systèmes ou, plus exactement, de ce *système de rapports*, que se déploie la justice qui se veut non exclusivement nationale. Il devient classique d'affirmer qu'il existe un patrimoine constitutionnel commun, comme il existe depuis longtemps des valeurs communes (valeurs de réaction pour l'essentiel) qui ont forgé l'âme européenne. Est en revanche moins classique l'idée de l'existence d'un fonds commun en matière de justice. Plus exactement, si l'idée est défendue, c'est pour prouver l'effectivité et l'efficacité des mesures contraignantes de certains organes européens. Ce sont elles qui ont imposé une nouvelle figure du procès : règle du procès équitable, délais des jugements, suppression du mytique commissaire du gouvernement français, indépendance du ministère public pour ne citer qu'eux.

Cette autorité des cours supranationales découle, non d'un principe hiérarchique –au sens organique–, mais d'un principe matériel. Le juge national n'est pas subordonné aux juges européens. Ce n'est pas une logique de soumission mais des logiques de coopération (cour de justice) et de contrôle (CEDH), pour reprendre la distinction de Ronny Abraham, qui caractérisent ces rapports de systèmes. C'est la question de la répartition des compétences qui doit être au cœur de ce raisonnement. Dans la désormais célèbre affaire *Jérémy F.*, le Conseil constitutionnel renvoie la question devant la Cour de justice non pour se soumettre à son autorité hiérarchique,

<sup>97</sup> BLACHER (P.), « Vers un gouvernement du juge constitutionnel », *AJDA* 2010, n°9, tribune p. 465.

<sup>98</sup> BLERY (C.), « QPC, jurisprudence *Cesareo* et office du juge : l'impossible conciliation », *Procédures*, 2010, n°6, pp. 2-3.

<sup>99</sup> BORZEIX (A.), « La QPC : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDP* 2010, n°4.

<sup>100</sup> BOUCARD (F.), « La QPC et les cours suprêmes. Une partie de billard à trois branches », *JCP G* 2010, n°30-34.

<sup>101</sup> CHALTIEL (F.), « La Cour de cassation persiste et signe sur la QPC », *LPA* 2010, n°155-156.

<sup>102</sup> GAUDEMET (Y.), « Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité », *RDP* 2009 ? n°3, pp. 581-587.

<sup>103</sup> KIRSEY (V.) et PORTELLI (H.), « Droits fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable », *JCP G* 2010, n°28-20, pp. 1468-1475.

<sup>104</sup> LOPEZ-RIVOIRE (V.), « QPC : la Cour de cassation fait barrage », *Infojuridiques* 2010, n°70.

<sup>105</sup> PRETOT (X.), « QPC. La Cour de cassation brouille les cartes », *Annonces Seine* 2010, n°21, p.5.

<sup>106</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « La QPC devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010, n°2, pp. 80-87.

<sup>107</sup> ROUSSEAU (D.) et LEVY (D.), « la Cour de cassation et la QPC : pourquoi tant de méfiance ? » ; *Gaz. Pal.* 2010, n°115-117, p. 12.

<sup>108</sup> SIMON (D.) et RIGAUX (A.), « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, 2010, pp. 63-83.

mais seulement pour respecter sa compétence (en l'occurrence, celle qui découle de l'article 267 du Traité UE)<sup>109</sup>.

Mais est-il exact d'affirmer que la justice ne constitue –peut-être– un fonds commun européen *que* parce qu'elle s'est transformée sous le coup des condamnations de la CEDH, des constatations en manquement de la CJUE et de l'application des textes bruxellois ? Nous préférons défendre une autre hypothèse. Pas inverse, pas radicalement différente, mais nuancée. La justice constitutionnelle en Europe est le fruit d'une histoire bien particulière. Elle y est née, s'y est développée puis épanouie non en « suivant » un modèle extérieur mais en puisant, dans ses propres racines, ses raisons d'être. Ce sont des raisons « intrinsèques », proprement « européennes », qui ont fait que le dogme de la loi a régné pendant longtemps. Tout comme c'est un événement européen qui a contribué à désacraliser la loi et rendre indispensable la primauté de la Constitution et son respect par une autorité créée spécialement à cet effet. Et ce sont ces mêmes cours qui, se diffusant peu à peu dans toute l'Europe, ont contribué à créer ce qu'il est commun d'appeler aujourd'hui un patrimoine constitutionnel commun. Malgré les diversités qui en font aussi la richesse, le droit européen se nourrit des jurisprudences des cours constitutionnelles nationales en respectant les « identités nationales ». Tout comme ces dernières participent à la création d'un fonds commun, que ce soit à travers les prises en compte d'un droit supranational, son respect ou parfois même des résistances : l'essentiel, comme souvent, réside dans la *dynamique* du droit.

Plusieurs arguments seront ici développés pour étayer cette thèse, qui peuvent être qualifiés de plaidoyer pour une anti globalisation du droit si et seulement si celle-ci est perçue comme un vent qui 1°) soufflerait systématiquement de l'ouest vers l'est 2°) qui serait uniquement contraignant (en résumé, le droit processuel notamment n'évoluerait en Europe que grâce aux condamnations répétées de la CEDH).

### **Premier argument d'ordre textuel :**

#### **La justice est un fonds commun européen antérieur à la création de l'Europe.**

La jeune génération de juristes est une génération d'Européens. Mais être européen ne signifie pas seulement être, quand on fait du droit, spécialiste du droit de la CEDH et de l'Union européenne. C'est aussi être comparatiste, avoir conscience que le succès de l'Europe est avant tout celui de plusieurs pays, de plusieurs peuples qui se sont unis, ont accepté des transferts mais aussi des abandons de souveraineté au nom d'une grande idée qui doit éloigner toujours plus le spectre de la barbarie. Être européen, c'est donc aussi avoir connaissance des traditions juridiques de nos partenaires. La justice européenne (que ce soit dans un sens matériel et organique) ne date pas de la création de la Cour de justice de l'Union ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Les droits processuels présentés comme des droits fondamentaux ne datent pas des fameux articles 5, 6 et 13 de la CEDH. Il n'est pas totalement irréaliste de rêver de plaidoiries d'avocats qui, à l'occasion d'un procès d'envergure européenne, avant de conclure à la violation de tels ou tels articles de la CEDH,

---

<sup>109</sup> Voir en ce sens MAGNON (X.), « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », RFDC, n°96, 2013, pp. 917-940.



rappelleraient le contenu de la *Magna Carta*, de l'*habeas corpus Act* ou de la Déclaration de 1789.

Comment peut-on, à propos de l'éventuelle existence d'un fonds commun européen en matière de justice, ne pas évoquer la *Magna Carta* ? Nos étudiants de première année de droit constitutionnel comprennent vaguement qu'il s'agit de l'un des premiers textes proclamant des libertés. Ceux de deuxième année apprennent dans le cours de droit fiscal qu'il s'agit de l'un des premiers textes européens à proclamer le principe du consentement à l'impôt, et qu'il faut partir de ce texte pour comprendre l'origine du constitutionnalisme britannique. Malheureusement, faute de temps, ces jeunes juristes que nous formons n'ont jamais lu ce texte du XIII<sup>ème</sup> siècle. Les références aux droits processuels (l'anachronisme étant sciemment utilisé ici à des fins pédagogiques) y sont nombreuses et précises. Parmi elles<sup>110</sup>, l'article 34 énonce déjà, il y a huit siècles, une certaine forme de droit au juge : « Désormais, le mandat de *praecipe*, ne sera plus adressé à quiconque, en ce qui concerne une tenure, si cela devait priver un homme libre son droit à un procès devant son tribunal naturel ». Tout comme figurent l'importance des preuves<sup>111</sup>, ou l'équivalence de notre sûreté : « Aucun homme libre ne sera arrêté ni emprisonné, ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou exécuté de quelque manière que ce soit, et nous n'agirons pas contre lui et nous n'enverrons personne contre lui, sans un jugement légal de ses pairs et conformément à la loi du pays » (article 39).

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est plus connue de nos étudiants, notamment ses articles 2, 7, 8 et 9<sup>112</sup> qui peuvent même être invoqués

---

<sup>110</sup> Voir notamment l'article 18 : « Les procès de *nova disseisina* [nouvelle dessaisine ou expulsion de possession], de *morte antecessoris* [mort d'un ancêtre], et de *ultima presentacione* [dernière présentation aux bénéfices d'une église vacante] seront jugés par le tribunal du comté dont dépendent les parties et de la manière suivante. Nous, ou, si nous sommes absent du royaume, notre Grand Justicier, enverrons deux juges quatre fois l'an dans chaque comté qui, avec quatre chevaliers de ces comtés élus par le comté, tiendront les audiences de la cour du comté, au jour et au lieu où doit se réunir cette cour », et l'article 19 : « Si les audiences ne peuvent avoir lieu au jour prévu par le tribunal du comté, parmi ceux qui étaient présents au tribunal, quelques chevaliers et des tenanciers libres y resteront, pour une bonne administration de la justice, selon l'importance des affaires à traiter ». Mais également les articles 40, 44, 45, 52-57. Source : Digithèque de matériaux juridiques et politiques, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1215.htm>

<sup>111</sup> Article 38 : « A l'avenir, aucun bailli ne traduira quelqu'un en justice, sur sa simple accusation, s'il ne présente pas à cette fin des témoins fiables ».

<sup>112</sup> Article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

Article 7 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

Article 8 : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

Article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

directement à l'appui d'une QPC. Quant à l'*Habeas corpus Act* de 1679, le constitutionnaliste comparatiste ne cesse d'en découvrir les innombrables richesses. Nous nous arrêterons à ces trois seuls textes pour le premier argument, mais il est évident que certaines premières constitutions en Europe, sans nécessairement contenir un catalogue de droits fondamentaux, faisaient *a minima* référence au pouvoir judiciaire et parfois au droit au juge. De même est-il possible de prouver que certains instruments que l'on qualifie trop rapidement d'« américains » ont des racines européennes. Nous ne prendrons ici qu'un seul exemple<sup>113</sup>.

Il est classique d'affirmer que la Cour suprême des Etats-Unis est le berceau des opinions séparées. Si elle en est sans aucun doute le creuset le plus « épanouissant », l'étude de la naissance desdites opinions en Europe montre qu'elles sont issues de certaines traditions juridiques nationales souvent inconnues. Il serait faux d'affirmer que la publicité de la dissidence en Europe, et plus généralement dans les pays de *Civil law*, n'est due qu'à une application du modèle anglo-saxon. Si l'évolution de la pratique des opinions séparées dans ces pays doit beaucoup à l'expérience de la Cour suprême des États-Unis, leur *apparition* est bien liée à des traditions nationales. Les exemples de l'Espagne et de l'Allemagne sont à cet égard particulièrement représentatifs. La tradition de la fin du XV<sup>e</sup> siècle en Espagne était bien celle du « vote réservé » (*voto reservado*), l'ordonnance de Médina de 1489 prévoyant l'enregistrement des votes des magistrats dans un livre tenu secret. Cependant, la loi relative au contentieux administratif (*Ley de lo Contencioso-Administrativo*) du 13 septembre 1888 prévoyait, en son article 62, que les éventuels juges dissidents devaient rédiger leur opinion de manière motivée, l'article 99 précisant que cette dernière devait être publiée à la *Gazette de Madrid*. Ce système exceptionnel de publicité des votes dissidents ne perdura pas, une réforme du 22 juin 1894 y substituant celui de leur inscription dans un livre tenu secret.

En Allemagne, une première trace de divulgation de la dissidence peut être trouvée dans l'ordonnance du *Reichskammergericht* de 1654, chaque juge étant obligé de rédiger une motivation individuelle en cas de divergence survenant lors d'une question religieuse. De même, le deuxième paragraphe de l'article 199 de la Constitution du Württemberg de 1818 prévoyait la publication des procès-verbaux du *Staatsgerichtshof* : « accusation et défense ont lieu en public. Les procès-verbaux contenant les votes ou délibérations sont rendus publics par publication ».

De même, La tradition judiciaire britannique était celle de la discussion publique de la décision, chaque juge opinant de manière individuelle. Conséquence de la colonisation, certains tribunaux anglais exerçaient leur juridiction sur des terres américaines, exportant ainsi cette pratique des *seriatim opinions*. La Cour suprême semble avoir trouvé quant à elle son inspiration dans la pratique des cours de droit commun (*Common law Courts*) telles que la *Exchequer chamber*, la *Court of common Pleas* et surtout le *King's bench*.

---

<sup>113</sup> En nous permettant de renvoyer à notre thèse de doctorat, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, préface du Professeur Michel Troper, economica/puam, Paris/Aix-en-Provence, 2005, 362 p.

Cet exemple des opinions séparées est particulièrement révélateur de la fausseté d'une croyance fermement établie selon laquelle telle procédure européenne ne serait qu'une « transposition » d'un modèle étranger.

### **Deuxième argument d'ordre institutionnel :**

#### **La justice constitutionnelle comme preuve de l'existence d'un fonds commun européen en matière de justice**

Il est frappant de constater de nos jours combien les pays ne connaissant pas le principe du contrôle de constitutionnalité des lois ou ceux l'ayant récemment mis en place, prennent la justice constitutionnelle européenne pour « modèle ». Terme que nous réfutons, d'une part pour sa connotation post voire néo-colonisatrice, d'autre part pour son inexactitude scientifique. Il n'existe pas de modèle européen de justice constitutionnelle tant les modalités de contrôle peuvent y être différentes. Il existe ainsi un contrôle diffus en Grèce et au Portugal, spécificité pourtant toujours qualifiée d' « américaine ». Et jusqu'à la réforme de 2010 introduisant la QPC, la France était isolée sur son propre continent, étant pratiquement le seul pays à ne pas permettre un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Difficile, dans ces conditions, d'appartenir à la famille du « modèle européen » de justice constitutionnelle. En revanche, il existe bien une spécificité née en Europe : celle de la création d'un organe spécialement créé pour connaître du contrôle de constitutionnalité des lois.

Le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'événement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>114</sup>. Toutes les nouvelles Constitutions européennes ont prévu l'existence d'une Cour constitutionnelle. Une *Cour constitutionnelle est une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil Juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics*. L'histoire des Cours constitutionnelles débute réellement en 1920 avec la création de la Cour constitutionnelle tchécoslovaque (Constitution du 29 février 1920), la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche (Constitution du 1<sup>er</sup> octobre 1920) et la cour constitutionnelle du Liechtenstein (Constitution du 5 octobre 1921). L'Espagne républicaine va suivre le mouvement en créant dans sa Constitution de 1931 un Tribunal des garanties constitutionnelles qui durera jusqu'à l'accession de Franco au pouvoir. La deuxième vague se situe après la seconde guerre mondiale, lorsque, après le rétablissement de la Cour autrichienne en 1945, sont instituées la Cour constitutionnelle italienne en 1948, la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 1949, auxquels on peut rattacher la création, quelques années plus tard, des Cours constitutionnelles turque (1961) et yougoslave (1963). La création du Conseil constitutionnel français en 1959 est à situer dans ce mouvement même si, initialement, ses finalités étaient différentes. La troisième vague s'est manifestée dans les années 1970 avec l'institution des Tribunaux constitutionnels portugais (Constitution de 1976), espagnol (Constitution de 1978) et aussi, dans une certaine mesure, de la Cour spéciale supérieure grecque (1975), mouvement qui s'est prolongé en Belgique avec la Cour

---

<sup>114</sup> Nous nous permettons ici de reprendre les idées développées dans *Les Cours constitutionnelles*, en collaboration avec FAVOREU (L.), Dalloz, collection Connaissance du droit, 2011, 161 p.

d'arbitrage (1983), le Tribunal constitutionnel d'Andorre (1993) et qui connaît un grand développement en Europe de l'Est : Pologne (1985), Hongrie (1989), Roumanie, Bulgarie (1991), Macédoine (1991), Slovénie (1991), Albanie et République tchèque (1992), Slovaquie (1992), Lituanie (1993), Belarus (1994), Moldavie (1994), Russie, Arménie (1995), Bosnie-Herzégovine (1995), Kazakhstan (1995), Croatie (1996), Ukraine (1996), Lettonie (1996), Azerbaïdjan (1998) et Luxembourg (1998) .

La justice constitutionnelle s'est ensuite diffusée au-delà des frontières de son berceau européen : en Asie (avec notamment les cours constitutionnelles sud-coréenne et thaïlandaise), en Afrique, en Amérique latine (où le contrôle concentré coexiste la plupart du temps avec un contrôle diffus). Aujourd'hui, pratiquement toutes les démocraties libérales sont dotées d'une juridiction constitutionnelle.

L'implantation de la justice constitutionnelle européenne n'était pourtant pas une évidence, loin s'en faut. A partir de la Révolution de 1789, tout au long du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, le dogme rousseauiste de l'infailibilité de la loi s'impose et est difficilement remis en cause. Le règne du droit signifie règne de la loi, équation bien éloignée de l'adage américain « *All the law is judge-made law* »... Le « droit » (*jus, law, diritto, derecho, Recht*) est de plus en plus étroitement identifié aux lois du Parlement (*Lex, statute, legge, ley, Gesetz*). L'obstacle à l'implantation d'un contrôle de constitutionnalité, quel qu'il soit, est avant tout d'ordre culturel. Si les historiens du droit ont prouvé qu'un certain contrôle *a priori* des lois royales était exercé par les anciens Parlements<sup>115</sup>, il est plus difficile de retrouver les traces d'un contrôle *a posteriori*<sup>116</sup>. Aux Etats-Unis, le texte sacré, depuis toujours, n'est pas la loi mais la Constitution. Mais la greffe d'un contrôle de constitutionnalité diffus à l'américaine n'a pas fonctionné en Europe pour plusieurs raisons. A l'argument de la tradition s'ajoutent ceux 1°) de l'incompétence du juge ordinaire ; 2°) de l'absence d'unité de juridiction ; 3°) de l'insuffisante rigidité de la Constitution.

Le succès du modèle kelsénien après la seconde guerre mondiale tient à plusieurs causes que l'on retrouve dans la plupart des pays qui l'ont adopté. Les raisons sont historiques, tout d'abord. En Autriche et en Allemagne, l'idée d'un Tribunal d'Empire doté des attributions d'une Cour constitutionnelle, du moins en ce qui concerne les litiges fédéraux, émerge dès 1848. Pour la France, il est également classique d'évoquer le précédent français de la « jurie constitutionnaire » de Sieyès, ou encore le Tribunal des garanties constitutionnelles espagnol de la II<sup>e</sup> République. Plus près de nous, ce sont surtout les terribles leçons des expériences nazies et fascistes qui sont directement à la source de la création des Cours constitutionnelles en Allemagne et en Italie, et du rétablissement de la Cour autrichienne. C'est également la volonté d'établir une véritable démocratie après les périodes de dictature qui explique sans doute la création des Tribunaux espagnol et portugais. Et dans ces divers cas, si l'on choisit le modèle kelsénien plutôt que le modèle américain, c'est, au-delà des controverses doctrinales de l'avant-guerre, en raison de la méfiance envers les juges ordinaires. En outre, le législateur ayant failli à sa mission, on ne craint plus de porter

---

<sup>115</sup> KRYNEN (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, collection Bibliothèque des histoires, Paris, 2009, p. 262.

<sup>116</sup> SAINT-BONNET (F.), Saint-Bonnet F., « Le contrôle *a posteriori* : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2010, p. 23.

atteinte à sa souveraineté. En se montrant oppresseur, le représentant de la nation lui-même a fait apparaître la nécessité d'être contrôlé.

Les raisons sont théoriques, ensuite. La construction de Hans Kelsen dans son étude de 1928 et dans la thèse de son disciple, Charles Eisenmann, apparaissent encore aujourd'hui comme étonnamment modernes. Kelsen et Eisenmann ont démontré que l'institution d'un Tribunal constitutionnel, chargé notamment de contrôler la constitutionnalité des lois, était parfaitement conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs. Et par là même, ils ont supprimé les derniers obstacles.

Selon Kelsen, la Constitution étant la norme fondamentale, dont découlent toutes les autres, il convient « de lui assurer la plus grande stabilité possible » en rendant sa révision difficile. La notion de Constitution doit être entendue au sens large car « les Constitutions modernes contiennent non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles... La Constitution n'est pas alors uniquement une règle de procédure, mais aussi une règle de fond ». La garantie de la Constitution repose principalement sur la possibilité d'annulation des actes qui lui sont contraires, mais en aucun cas « il ne faut confier l'annulation des actes irréguliers à l'organe même qui les a faits » car « l'organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation des actes inconstitutionnels -c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel ».

Les raisons sont enfin institutionnelles ou politiques. L'Europe a compris au sortir de la seconde guerre mondiale que le Parlement « pouvait mal faire » et, en son sein, une majorité pouvait opprimer.

### **Troisième argument d'ordre substantiel :**

#### **L'existence de jurisprudences constitutionnelles nationales « européennes »**

Cet argument est plus compliqué à développer car il nécessite la connaissance croisée des jurisprudences des cours constitutionnelles en Europe. Il n'est pas ici question d'apporter la preuve que, sur telle ou telle question, les cours constitutionnelles convergent quant à la solution. Mais il est possible de prouver qu'elles convergent quant aux méthodes de jugement, quant à l'importance à accorder à tel ou tel droit, voire à telle ou telle valeur. Quant à l'importance de leur rôle dans l'ordonnement juridique mais aussi politique. La dignité a sans doute une place particulière, à l'image de son caractère intangible énoncé par l'article 1.1 de la Loi fondamentale allemande. Tous les ordres constitutionnels, au travers notamment des jurisprudences des cours chargées de leur protection, ont fait du principe de sauvegarde de la dignité humaine une interprétation « forte ». Certaines cours sont même allées jusqu'à proclamer ce principe qui ne figurait pas explicitement dans les Constitutions –c'est le cas du Conseil constitutionnel français-, ou à en faire découler des droits procéduraux. Ainsi, en Allemagne, la notion de droit fondamental irrigue tout l'ordonnement juridique. A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle

fédérale allemande a rappelé que la dignité de la personne humaine irriguait toutes les branches du droit. Le Tribunal constitutionnel portugais va dans le même sens, en rappelant régulièrement que « la dignité de la personne humaine est une valeur axiale et essentielle de la Constitution portugaise et à ce titre, elle doit inspirer et fonder l'ensemble de l'ordre juridique ».

Au-delà du seul exemple de la dignité, il peut être affirmé que la protection des droits fondamentaux par les cours constitutionnelles européennes est l'une des preuves de l'existence d'un fonds de justice européen (qui serait autre que celui de niveau supranational). Au XXI<sup>ème</sup> siècle, il n'est plus utile de rappeler que ces cours se sont érigées en défenseur suprême des droits fondamentaux, que les constitutions contiennent ou non un catalogue de tels droits. Chacune des juridictions a été amenée à préciser les contours de leur définition, de leur contenu, de leurs titulaires, de leurs limites. Même si ces jurisprudences sont intimement liées au contexte historique, juridique, culturel des pays, il est possible de tracer les grandes lignes d'une posture protectrice des droits les plus absolus qui soient, héritière de la volonté d'éloigner le spectre de la barbarie nazie. Tout a été écrit sur la transformation du Conseil constitutionnel en défenseur des droits fondamentaux. Comment comparer la décision française du 16 juillet 1971 avec la posture du juge constitutionnel allemand qui, au lendemain de la seconde guerre mondiale, avait à sa disposition un catalogue de droits fondamentaux s'ouvrant par l'intangibilité de l'être humain ? Comment la comparer avec celle du juge constitutionnel italien qui s'est, dès son installation, attaché à épurer l'ordre juridique des lois fascistes qui, -contrairement aux lois de Vichy-, n'avaient pas été abrogées après la guerre ? Les annulations prononcées par la *Corte* de 1956 à 1979, basées sur la violation des libertés classiques ou des droits de la défense, l'ont été à près de 80% à propos des lois antérieures à la Constitution. Comparaison ne saurait être juxtaposition, mais des conclusions peuvent être tirées de manière générale à propos de la *posture* de ces cours. Elles sont les garantes des droits fondamentaux, et la protection accordée -ou promise- au niveau supranational ne saurait être concurrente, mais complémentaire dans l'intérêt supérieur des citoyens européens.

---

VARIA

---

---

## De la beauté du juge. Galerie de portraits de conseillers au parlement de Toulouse

Olivier DEVAUX

Premier président de la Chambre des requêtes du Parlement de Toulouse, Bernard de La Roche-Flavin<sup>1</sup>, s'est, dans ses *Treze livre des Parlemens de France* parus en 1617<sup>2</sup>, soigneusement attaché à dresser le portrait idéal du magistrat des cours souveraines de son temps. Ce type d'exercice n'a rien de très original. Bien d'autres s'y sont essayés avant lui, que ce soit dans l'Antiquité gréco-romaine ou, plus tard, dans les *ordines judicarii* élaborés à partir du droit romain et canonique<sup>3</sup>, ou encore dans les coutumiers<sup>4</sup>. Autant de sources qu'il compile bien souvent lorsqu'il ne les pille pas

---

<sup>1</sup> Né en 1552 à Saint-Sernin-sur-Rance, en Rouergue, mort à Toulouse le 19 octobre 1627, il est, après l'obtention du doctorat en droit civil, brièvement avocat puis conseiller au siège présidial de Toulouse le 1er septembre 1574. Reçu premier président de la chambre des requêtes au Parlement en 1582, il ne remplit sa fonction qu'à compter de mai 1584 en raison d'un conflit de préséance l'opposant au second président, Pierre Saccalay. Durant cet intervalle, il est conseiller au Parlement de Paris. Revenu à Toulouse, il sera en butte à l'hostilité de ses collègues dont il a dénoncé les travers et qui, l'année même de leur parution, prennent un arrêt condamnant les *Treze livres*... à être lacérés et brûlés publiquement, leur auteur étant destitué pour un an et interdit de publication. Une seconde édition sera cependant donnée à Genève en 1621, par M. Berjon. J. KRYNEN, notice « La Roche-Flavin Bernard de », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 467. Sur l'âge, discuté, de l'obtention du doctorat par La Roche-Flavin, J. POUMARÈDE, « Les arrêtistes toulousains », dans J. POUMARÈDE et J. THOMAS (dir), *Les Parlements de Province. Pouvoirs, justice et société du XVe au XVIIIe siècle*, Toulouse, Framespa, 1996, p. 380, note 59 ; C. DELPRAT, « Magistrat idéal, magistrat ordinaire selon La Roche-Flavin : les écarts entre un idéal et des attitudes », dans J. POUMARÈDE et J. THOMAS (dir), *op. cit.*, p. 707-719 ; C. DELPRAT, « Officiers et seigneurs chez Bernard de La Roche-Flavin », *Les cahiers du Centre de Recherches Historiques* [en ligne], 27, 2001, mis en ligne le 23 novembre 2008, <http://ccrh.revues.org/1193> (nombreux éléments sur ses origines familiales, ses propriétés, etc.).

<sup>2</sup> B. de LA ROCHE-FLAVIN, *Treze Livres des Parlemens de France*, Bordeaux, Simon Millanges, 1617.

<sup>3</sup> F. DEMOULIN-AUZARY, notice « Ordines judicarii », dans *Dictionnaire historique des juristes français*..., p. 588-589.

<sup>4</sup> Ph. de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. A. SALMON, Paris, 1970 (réimpr. de 1899), t. 2, p. 16-26. Traitant de « toutes les graces qui doivent estre en homme qui s'entremet de baillie », Beaumanoir énumère les « X vertus » dont il doit disposer : « sapience [...] dame et mestresse de toutes les autres, ne sans lui ne pueent estre les autres vertus gouvernees » ; « tres durement amer Dieu » ; « dous et debonaires, sans felonie et sans cruauté [...] vers ceus qui bien veulent et vers le commun peuple, et es cas qui avienent plus par mescheance que par malice » ; « soufrans et escoutans, sans soi couroucier ne mouvoir de riens » ; « hardis et vigeureus, sans nule perece » ; « largece [...] et de ceste vertu descendent .II. autres [...] c'est courtoisie et neteés » ; obéissance « au commandement de son seigneur en tous ses commandemens, essieutés les commandemens pour lesqueus il pourroit perdre s'ame s'il les fesoit » ;



sans vergogne<sup>5</sup>. D'autres viendront après lui ; entre autres, Domat<sup>6</sup>, Perchambault<sup>7</sup>, Frain du Tramblay<sup>8</sup>, Jousse<sup>9</sup>, la question ne cessant jamais de retenir l'attention tant elle est intemporelle<sup>10</sup>. Concernant l'« office du bon et entier juge », pour paraphraser l'opuscule de Jean de Coras paru en 1596<sup>11</sup>, les ouvrages de déontologie judiciaire

---

« tres bien connoissans » c'est-à-dire « connoistre le bien du mal, le droit du tort, les pesibles des mellis, les loiaus des tricheurs, les bons des mauvés » ; avoir « en soi soutil engieng et hastif de bien exploiter sans fere tort a autrui et de bien savoir conter » ; « loiautés [...] si est la meilleure de toute, ne sans lui ne pueent les autres riens valoir... » ; P. de FONTAINES, éd. M.-A.-J. MARNIER, Paris, 1846, chapitre XXI : « Ci parole des jugemens », I, p. 220 : « En tote les quereles où il te convendra jugier, te lō-je que tu juges droiturément : ne ne pren mie garde as lermes ne as plors que les parties font par devant toi, mès pren-toi garde à fère droit jugement. Aies toz jors, quand tu jugeras, devant les ielz de ton cuer, celui qui rendra à chascun le loier selon ses oeuvres ; car à tel mesure come tu mesureras à autrui, bone ou male, à tele meisme te mesurera-on » ; III, p. 221-222 : bannir « tote envie quand tu jugeras et tote amor terienne, tote haine, tote convoitise, tote espérance de guerredon terrien, tote poor de mort, de péril et d'essil, et de povreté ; car avec tex hostes ne se heberge mie droiture ne justice [...] que se les parties sont par desoz les homes qui les jugent, li jugeor sont par-desoz Dieu qui tos jorz les regarde quex jugemenz il font, si come la loi dit », etc. *Très ancienne coutume de Bretagne*, éd. critique M. PLANIOL, Rennes, J. Plihon et L. Hervé, 1896, p. 76 : « Quant à faire jugement » : « Et pour les barons qui ont justice à gouverner, qui ne pourroient gouverner leurs offices sans le conseil et aide d'autres gens, quant à gouverner justice doivent mettre nobles gens en telles offices, veritaux, loyaux, sages et riches, car pauvreté fait trop de maux » (addition postérieure à 1445) ; A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, éd. M. DUPIN, et E. LABOULAYE, Paris, 1846, t. 2, livre VI, titre III (« De jugemens »), XI, 867 : « *bonus judex nihil ex arbitro suo facit* » ; XII, 868 : « Sage est le juge qui écoute, et tard juge. Car de fol juge brieve sentence » ; XIII, 869 : « Qui tost juge, et qui n'entend, faire ne peut bon jugement ».

<sup>5</sup> Il mobilise notamment Hérodote, Aristote, Socrate, Thucydide, Platon, Plutarque, Valère Maxime, Cicéron, Tite-Live, Pline, Martial, Tacite, Aulu-Gelle, Ulpien, Ammien Marcellin, Philippe de Commines, Thomas More, Georges Buchanan.

<sup>6</sup> Pour Domat, janséniste ami de Pascal, « de tous les attributs de Dieu qui ont un rapport particulier aux créatures raisonnables, nous devons considérer celui de juge comme le premier, le plus grand et le plus auguste [...]. La divinité se communique davantage dans la qualité de juge, qu'en aucune autre, sans excepter même le sacerdoce », *Harangues prononcées par J. Domat dans le temps qu'il exerçait la charge d'avocat du roi au siège présidial de Clermont* (p. 13, *Harangue prononcée aux assises de 1660*), dans J. RÉMY, *Œuvres complètes de J. Domat*, Paris, 1835.

<sup>7</sup> R. de LA BIGOTIERE de PERCHAMBAULT, *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont dans les fonctions publiques*, Paris, Dessallier, 1696 ; F. PITOU, « Justice, morale et politique à la fin du XVIIe siècle », dans *Justice, Histoire, Economie et Société*, 2003, n° 5, p. 537-554.

<sup>8</sup> J. FRAIN du TREMBLAY, *Essais sur l'idée du parfait magistrat où l'on fait voir une partie des obligations des juges*, Paris, Pierre Emery, 1701.

<sup>9</sup> D. JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, Deburre, 1771.

<sup>10</sup> C'est en les renvoyant à la lecture d'un passage des *Essais sur l'idée du parfait magistrat* de Frain du Tramblay que, tout récemment, Jacques Krynen s'insurgeait contre les pratiques de certains magistrats de notre temps. J. KRYNEN, « Petit factum sur un vaste mur », dans *Etudes offertes à Jean-Marie Harouel*, éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 1009-1021.

<sup>11</sup> J. de CORAS, *Petit discours des parties et office d'un bon et entier juge...*, Lyon, Barthélémi Vincent, 1596. L'auteur y traite, en cinq chapitres, de l'âge, prudence, expérience, érudition et intégrité du magistrat ; J.-L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVIe siècle », dans J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 131-153 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003 ; J. KRYNEN, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, t. 1 : *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009. Sur les critiques adressées au système judiciaire et aux magistrats, J.-M. CONSTANT, « Les juges et la justice vus par les cahiers de doléances de 1576 », dans *Mélanges offerts au professeur Maurice Gresset*, Presses universitaires de Franche-Comté, 2007, p. 69-74.

foisonnent en effet car celui qui a en charge de juger l'autre, rappelle fermement le *Code Justinien*, sera à son tour jugé par Dieu<sup>12</sup> ; il doit donc être paré de toutes les vertus morales et professionnelles. La législation royale ne manque jamais d'insister sur ce point : « juges et officiers de justice », soigneusement « esleus », seront « graves, craignans Dieu, amateurs d'équité, esloignez de toutes espèces d'avarice, instruits en bonnes lettres, exercez en jugemens, et ayans l'usage des choses »<sup>13</sup>. Les prédicateurs catholiques affectent au magistrat la « mission prioritaire de servir Dieu, [cette obligation] le plaçant au-dessus des autres sujets du royaume et le rapprochant de lui »<sup>14</sup>. Les canonistes, quant à eux, ont toujours voulu recenser les règles devant présider au choix des clercs et envisagé méticuleusement les cas d'incapacité, d'*irregularitas*, notamment pour défaut physique et vice lié à naissance<sup>15</sup>. Or, les juges sont *sacerdotes justitiae*, exerçant dans l'ordre temporel, en célébrant le sacrifice judiciaire<sup>16</sup>, un ministère comparable à celui des prêtres dans l'ordre spirituel. De la synthèse de ces réflexions résulte la peinture d'une sorte d'icône. Maturité affirmée, compétence technique avérée, vaste érudition, irréprochabilité religieuse, totale intégrité, vie et mœurs au-dessus de tout soupçon, si elles s'avèrent absolument indispensables<sup>17</sup>, ne suffisent cependant pas.

<sup>12</sup> *Code Justinien*, III, I, 12 : Les juges « doivent savoir que, faisant attention aux saintes écritures, et la présence de Dieu consacrant leurs décisions, ils terminent les différends avec un secours surnaturel ; qu'ils sachent qu'ils seront jugés eux-mêmes comme ils auront jugé les autres : même le jugement est plus terrible à eux-mêmes qu'aux parties ; car s'ils jugent les plaideurs, Dieu pèse les jugements qu'ils rendent ». P.-A. TISSOT, *Les douze livres du code de l'Empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français*, Metz, Behmer éditeur, 1807, t. 1, p. 398.

<sup>13</sup> Ordonnance de Moulins (août 1546), art. 2. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, t. 12, p. 913-914. Sur ce thème, B. BERNABÉ, « L'argent qui corrompt le juge », dans *MSHDB* n° 65, Dijon, 2008, p. 135-154 ; « La moralité des juges. Construction doctrinale d'une déontologie (XVIe-XVIIe siècles) : réflexions sur un anachronisme », dans *Droit et mœurs. Implication et influence des mœurs dans la configuration du droit*, Journées internationales de la Société d'histoire du droit (mai 2010), Jaén, 2011, p. 479-509 ; « *Justitia pudica*. Une représentation de la justice aux XVIe et XVIIe siècles », dans *Réalités et représentations de la justice*, Revue Europe XVI-XVII n° 17, Nancy, Université de Lorraine, 2012, p. 45-78.

<sup>14</sup> S. DAUBRESSE, *Le Parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, Genève, Droz, 2005, p. 304 renvoyant à R. BENOIST, *Du sacrifice evangelique ou manifestement est prouvé que la sainte messe est le sacrifice eternelle de la nouvelle loy...*, Paris, 1564, fol. 19-20 ; J.-L. THIREAU, « Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVIe siècle », dans J.-L. THIREAU (dir.), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997, p. 109-141.

<sup>15</sup> Le terme d'*irregularitas* apparaît sous la plume du Bolonais Rufin. H. SINGER (éd. par), *Rufinus. Summa Decretorum*, Padeborn, Ferdinand Schöningh, 1902, Reprint Aalen, Scientia, 1963 ; sur cette question, R. NAZ, *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, libr. Letouzey et Ané, 1956, art. « irrégularités », t. 6, p. 42-63 ; F. SOETERMEER, notice « Le Lombard Ruffin (*Rufinus Lombardus*) », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, p. 488-489.

<sup>16</sup> *Treize Livres...*, livre VIII, chapitre XII, § XIII, p. 447 : « Il faut que les Iuges employent toute l'assiduité & diligence à eux possible, aux jugements & prompts expeditions des procès : car ces procès sont des victimes de la iustice de Dieu [...]. Dieu ne peut avoir une victime plus agreable, que d'un procès bien esgorgé sur ses autels. C'est de ces victimes, qu'il veut, qu'il ne demeure rien, & qu'il a commandé, que tout soit bruslé. Que pleust à Dieu qu'à chacune heure, voire moment, on fit des hecatombes de procès, & que nous fussions iusques au genouil dans le sang des procès esgorgés... ».

<sup>17</sup> Voir la synthèse de la question dans J. KRYNEN, *L'Etat de justice...*, t. 1, spécialement chapitre 4 : « 'L'intégrité' et la 'conscience' du juge », p. 91-103.

Est-ce à dire que le juge doit de plus être beau ? Quoique les caricatures de Daumier chercheront à faire accroire à son public d'ailleurs complice, il n'y a évidemment pas incompatibilité entre la fonction et une apparence attrayante. Bien au contraire. Depuis toujours, les auteurs et, plus souvent encore, les croyances populaires associent tares physiques -voire maladies comme la lèpre- et noirceur d'âme. Inversement, les *Miroirs des princes*<sup>18</sup>, s'ils énumèrent à l'envi, dans le droit fil de la philosophie grecque antique, les vertus cardinales du roi chrétien -*prudentia, justitia, fortitudo, temperantia*- ne manquent pas d'insister sur sa beauté corporelle, manifestation perceptible dès le premier abord des qualités morales du monarque justicier. Et les gens du Parlement sont « membres du corps du roi », la cour « un vrai portrait de sa majesté »<sup>19</sup>. « Représentation du roi par incorporation au roi »<sup>20</sup>, le conseiller en Parlement doit donc paraître aux yeux de tous comme le reflet physique du prince.

On ne doit cependant confondre beauté et artifices, affèteries qui sont autant de manifestations de plate vanité indigne de l'intrinsèque gravité du juge et, au-delà de lui, de la justice. Car, il demeure que le magistrat doit avant tout « reluire plus au dedans que par dehors ; l'intérieur doit surpasser l'extérieur en excellence & perfection ». En un mot, il faut que « la doubleure [...] passe le drap », que « ce qui est caché excelle par dessus ce qui se void en apparence ». Les conseillers doivent donc réserver les mêmes étonnements que les « cabinets des Roys, lesquels estant fermés paroissent n'avoir rien de rare, & d'excellent : mais quand la porte est ouverte, il y a du plaisir & contentement, soit en or, ou en argent, ou en pierres precieuses »<sup>21</sup>. Qui, en effet, ne trouverait « fort defectueuse une maison de Roy, qui fut superbement bastie par le dehors, & dont les colonnes, les faces, les corniches, & les architraves fussent moulées & cizelées elegamment, & qu'au dedans ce ne fussent que nids à souris, les planchers pourris, & vermoulus, les salles despavées, les lambris tombés, & l'ornement interieur gasté »<sup>22</sup>. Qui donc, après avoir embrassé du regard la rigoureuse

---

<sup>18</sup> J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIIIe-XVe siècle*, NRF, Gallimard, 1993, p. 167-224.

<sup>19</sup> Sur ces aspects anthropomorphiques, J. KRYNEN, *L'Etat de justice...*, t. 1, p. 72-74 ; *Treize livres...*, livre XIII, chap. XLVI, p. 826.

<sup>20</sup> J. KRYNEN, *L'Etat de justice...*, t. 1, p. 75.

<sup>21</sup> *Treize Livres...*, livre VIII, chap. XXXIII, § V et VI, p. 499-500.

<sup>22</sup> *Ibid.*, § V, p. 499. La cour est parfois décrite comme étant la « table du Prince ». Cf. P. AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaires dont les Grecs et Romains ont usé es accusations publiques conféré au stil et usage de notre France...*, Paris, Laurent Sonnius, 1598, p. 20 : « Le Prince doit tenir sa Cour comme sa table. Il tient celle-cy opulente & belle [...]. Aussi tenant sa Cour (qui est proprement non le bal, mais ses plaids) il ne doit pas seulement considerer ceux qui lui demandent raison, mais sa reputation & son honneur : ny sa science & conscience [...]. Or le Prince comment persuadera-il qu'il n'a rien faict que iustice, s'il l'a faict soubz la cheminée [...] ? Il aura beau dire, qu'il a eu de bons advertissemens : qu'en sa conscience il a tenu pour coupable celui qu'il a puny sans l'ouyr. On presumera perpetuellement le contraire... ». Sur cet auteur, C. SAPHORE, notice « Ayrault (Aerodius) Pierre », *Dictionnaire historique des juristes français...*, p. 30-31. Sur les arguments -pro et contra- concernant la justice retenue, notamment chez Jean Bodin, J. KRYNEN, « Réflexions sur la justice dite retenue », dans C. LEVELEUX-TEXEIRA, A. ROUSSELET-PIMONT, P. BONIN et F. GARNIER (textes réunis par), *Le gouvernement des communautés politiques à la fin du Moyen Age. Entre puissance et négociation : Villes, Finances, Etat*, Paris, LGDJ, 2011.

architecture du Palais de justice<sup>23</sup> puis, pénétrant dans son enceinte, s'étant arrêté devant les « images de la justice »<sup>24</sup> et, en la Grand'Chambre, se trouvant en présence du trône royal, ne serait désarçonné de n'y voir siégeant que des individus dont l'apparence serait indigne de leur ministère ?

Que ce soit « de nature » ou « par « accident » après qu'ils aient été, à la naissance, dotés de « toutes les qualités »<sup>25</sup>, multiples sont en effet les maux guettant les conseillers. Car, s'il leur revient « comme soleils d'esclairer aux autres »<sup>26</sup>, ils n'en demeurent pas moins, comme tout un chacun, créatures éminemment périssables. A ces vivantes images de la justice souveraine, la Providence doit donc avoir accordé et conservé des qualités physiques à défaut desquelles ils ne sauraient en imposer aux justiciables. De nouveau surgit le parallèle entre Palais de justice et temple, juges et prêtres, sacrifice de la messe et du procès. A Jérusalem, Dieu lui-même a « montré cette doctrine en la construction de son saint Temple : car il a voulu que les poutres en fussent de beau cèdre, & les chevrons de cyprès odoriferants ; non que ce bois luy fut plus agréable, qu'un autre : mais pour montrer comme il n'est subject à la pourriture, ains qu'il est fort & de bonne odeur. Ainsi comme les Prestres & les evesques, qui sont les poutres & les chevrons, qui soustiennent le comble de sa maison, devoient estre de bonnes mœurs & odorants, robustes & puissans, pour le soustenement de son honneur, & non rongés du ver des vices, & traversés de la corruption, qui est ordinaire à l'imbecillité des hommes : il doit estre tout de mesme des Magistrats, qui sont les poutres & chevrons, qui soustiennent le saint Temple de iustice »<sup>27</sup>.

Les critères esthétiques entrent donc dans la composition de l'image que le magistrat doit donner de sa personne. Bien médiocre cependant serait l'artiste qui, le portraiturant, ne saurait, au-delà de l'apparence physique, faire transparaître la beauté d'esprit et de cœur, voire l'esthétique sociale qui le caractérisent ; ce à quoi parvient magistralement Philippe de Champaigne immortalisant Omer Talon, procureur général au Parlement de Paris<sup>28</sup>. La réalité est pourtant parfois tout autre et bien des pairs de La Roche-Flavin, portant atteinte à la majesté de la justice par des disgrâces de toutes natures, « feroient mieux de se tenir personnes privées, & non publiques »<sup>29</sup>. Certains devraient d'ailleurs y être purement et simplement contraints, tant sont irrémédiables les vices les affectant. Et avec une verve et une acidité qui lui vaudront bien des déboires professionnels, La Roche-Flavin dresse aussitôt une galerie de

<sup>23</sup> A ce sujet, J. POUMAREDE (dir), *Territoires et lieux de justice*, La documentation française, collection « Histoire de la Justice », 2011.

<sup>24</sup> R. JACOB, *Images de la justice*, Paris, Le Léopard d'Or, 1994 ; Chr.-N. ROBERT, *La justice dans ses décors (XVe-XVIe siècles)*, Genève, Droz, 2006.

<sup>25</sup> *Treize livres...*, livre VI, chapitre IV, § II, p. 344.

<sup>26</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre XVI, § 1, p. 462.

<sup>27</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIII, § VI, p. 500 ; J.-L. GAZZANIGA, « Un temple pour la justice. Note sur le caractère sacré de la fonction de juger (XVIe-XVIIe siècles) », dans W. MASTOR et L. MINIATO (dir), *Les figures du procès au-delà des frontières*, Dalloz, 2013, p. 19-29.

<sup>28</sup> J. CORNETTE, *La mélancolie du pouvoir. Omer Talon et le procès de la raison d'Etat*, Paris, Fayard, 1998. Des portraits de conseillers au Parlement de Toulouse figurent dans les collections du Musée Paul Dupuy et du Musée des Augustins. La Cour d'appel de Toulouse en possède également.

<sup>29</sup> *Treize Livres....*, livre VI, chapitre IV, § II, p. 344.

portraits bien différentes de celles que les magistrats se complaisent à exposer, fort immodestement d'ailleurs, sur les murs des salons de leurs hôtels toulousains. Y voisinent des personnages en définitive a priori inaptes, « comme pilotes & marins de gouverner la hune, les voiles, les mas, & les trinquets du navire de l'Etat »<sup>30</sup>.

## I - Physiquement beau et modeste à la fois

### *Le principe*

« La première distinction, qui aye esté entre les hommes, & la première consideration, qui donna les preeminences aux uns sur les autres, il est vray semblable que ce fut l'avantage de la beauté »<sup>31</sup>. Même s'ils mourront « comme des hommes », aux magistrats désignés par Dieu lui-même comme étant « des dieux »<sup>32</sup> elle est donc, plus qu'à quiconque, nécessaire. Il n'est, sur ce point comme tant d'autres, que de se référer aux auteurs antiques, Platon au premier chef qui, « avec la temperance & la sortitude, desire la beauté aux conservateurs de sa Respublique »<sup>33</sup>. Une nuance, cependant, à cette association du beau au vrai et au bien. Si la beauté est bien « une qualité puissante », elle doit avant tout s'entendre de la taille de l'individu, « les autres beautés estant pour les femmes, en exceptant les extraordinaires difformités aux hommes ». Une haute stature confère indéniablement de l'ascendant. Platon, de nouveau sollicité, en témoigne lorsque il décrit les « Aethiopes & les Indiens [...] elisant leurs Roys & Magistrats » en ayant égard « à leur beauté & procerité des personnes ; & avoient raison ». Car il y a « du respect, mesme à la guerre, à ceux qui la suivent, de veoir à la teste d'une troupe, marcher un chef de belle & riche taille ». Que penser, en effet, d'un personnage de premier plan que le tout-venant confondrait avec ses laquais ? Ainsi en advint-il autrefois au « pauvre Philipomen Duc ou Roi des Achesins<sup>34</sup>, qui estant arrivé le premier de sa troupe en un logis, où on l'attendoit, son hostesse, qui ne le cognoissoit pas, & le voyoit d'assés mauvaise mine, l'employa d'aller ayder un peu à ses femmes à puiser de l'eau, ou attiser le feu, pour le service de Philipomen ». C'est donc aujourd'hui, ironise cruellement La Roche-Flavin, un tout aussi « grand despit » pour un président ou conseiller entouré de ses gens de se voir publiquement aborder par un quidam s'enquérant de savoir « où est Monsieur ». L'on ne peut d'ailleurs exclure que l'auteur ait été témoin d'une telle scène ou bien que l'anecdote, qu'il se ferait une joie de rapporter ici, courre le Palais. Le constat est, en définitive, on ne peut plus clair : « Les petits hommes, dit Aristote, sont bien jolis ; mais non pas beaux ». Et le handicap d'une courte taille est d'autant plus grave pour les conseillers en Parlement que celui-ci est le « Conseil des Princes »<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre XVI, § I, p. 462.

<sup>31</sup> *Ibid.*, livre VI, chapitre XXV, p. 355.

<sup>32</sup> « Vous êtes des dieux » (Psaume 82. 6). « Cependant vous mourrez comme des hommes » (Psaume 82-7).

<sup>33</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXV, p. 355.

<sup>34</sup> Philipomen (vers 253-vers 182 av. J.-C.), stratège de la Ligue achéenne.

<sup>35</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXV, p. 355.

L'écrin importe pourtant moins que le joyau qu'il recèle. La pompe judiciaire impose bien un cérémonial auquel participe le port de la robe d'écarlate qui, avec le cramoisi, sont « les vraies couleurs et habits des Roys »<sup>36</sup>. Mais leur statut dicte aux magistrats une parfaite retenue. Les mercuriales ne cessent de le leur rappeler péremptoirement : « que les Présidens et Conseillers se tiennent modestement en tenant les Audiances & autres actes, avec gravité, & habits decents »<sup>37</sup> ; « sont faiytes inhibitions de porter iupins, chausses, & autres habits indecents<sup>38</sup> [...] à peine d'estre privé de l'entrée du Palais » ; « ils seront tenus entrans au Palais porter robes à manches larges ; & en outre leur est prohibé de porter pourpoincts découpés, ni iupins à decouvert, chausses ny autres habits de couleurs »<sup>39</sup>. Il en va de même hors du Palais. Comme les prêtres ne doivent « paroistre en public & hors de leurs maisons, sans leur habits sacerdotaux, de peur que les seculiers n'en recoivent du scandale, & eux, peut estre de l'injure », la longue robe « a la grande & large manche » des prêtres du droit que sont les conseillers reste de rigueur « par toute la ville & es faux-bourgs pour la marque de leur Magistrature »<sup>40</sup>. De surcroît, l'exemple, au demeurant prestigieux, vient de fort loin. A Rome, la toge des sénateurs auxquels les membres des Parlement aiment à s'assimiler « estoit un accoutrement de paix & repos »<sup>41</sup>. Sous la robe, bien que moins visible, une tenue aux nuances discrètes s'impose également : souliers noirs<sup>42</sup>, « bas de couleur tannée, de violet ou de gris obscur, & des pourpains aussi ». Sobriété de la vêtue ne signifie pas pour autant défaut de raffinement et recherche du confort. Rien ne fait donc obstacle au port des « soutanes qu'on appelle les unes à la Romaine, les autres à l'Apostolique [...] desquelles puis une vingtaine d'années nous usons en Parlement ». L'ayant emporté sur les anciennes « casaques [...] jusques à demy jambe », descendant désormais « jusqu'aux pieds ou aux talons

<sup>36</sup> *Ibid.*, livre X, chapitre XXIV, p. 604.

<sup>37</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre XIII, § I, p. 449, mercuriale renvoyant à l'ordonnance prise par François Ier en 1535. Sur le costume judiciaire, J. DAUVILLIER, « Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France », dans *Mélanges Aubenas*, Recueil de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1974, p. 229-240 ; J. BOEDEL, *La justice : les habits du pouvoir*, Paris, Antebi, 1992.

<sup>38</sup> *Ibid.*, § II, mercuriale de l'année 1581.

<sup>39</sup> *Ibid.*, § III, mercuriale de l'année 1586.

<sup>40</sup> *Ibid.*, § XL, p. 451. Est également proscrit d' « aller aux compagnies par ville avec manteaux », mercuriale de l'année 1586 (*ibid.*, § III). Il est en effet « raisonnable qu'il y ait difference entre les Magistrats & les personnes Ecclesiastiques : lesquelles à Rome, & puis quelques années es principales villes de France, portent de longs manteaux sur leurs soutanes, ayant les anciens Canons ordonné qu'il y eust difference d'habits entre les Clercs & les Lays » (*ibid.*, § XVIII, p. 452).

<sup>41</sup> Sur le parallèle avec le Sénat de Rome, fréquent chez La Roche-Flavin qui reprend les développements d'autres auteurs, par exemple Charles Dumoulin, J.-P. JURMAND, « L'évolution du terme de Sénat au XVI<sup>e</sup> siècle », dans *La monarchie absolutiste et l'histoire en France*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1987, p. 55-76 ; J. KRYNEN, « Une assimilation fondamentale. Le Parlement 'Sénat de France' », dans *A Ennio Cortese*, t. II, Rome, 2001, p. 208-233 ; du même auteur, « La signification d'une métaphore : le Sénat de Toulouse », dans N. DAUVOIS (textes réunis par), *L'humanisme à Toulouse (1480-1596)*, Paris, Champion, 2006, p. 43-57 ; du même auteur, *L'état de la justice...*, t. 2, chapitre 8 : « Hauts magistrats et 'sénateurs' », p. 213-238. Jean Bodin au contraire, dans le troisième livre des *Six livres de la République* (1576, rééd. Fayard, 1986, vol. III), semble essentiellement assimiler les sénateurs aux conseillers d'Etat.

<sup>42</sup> *Treze Livres...*, livre VIII, chapitre § XXVI, p. 454.

[...], il est loysible à chacun de (les faire confectionner) de telle etoffe, soit de soye ou autre, telle qu'on veut »<sup>43</sup>.

« Trop splendides » ne veut pas pour autant dire « trop abjects ». Tout comme les « embellissements » outranciers confinant « aux délices », il faut fuir « les ordures », autres manifestations de « vaine gloire ». La propreté corporelle est donc « grandement à louer [...] pourveu qu'il n'y ait point d'abus ». Quant à la vêtue, il est « considérable que comme le luxe, & superfluité des habits est blasmable aux Magistrats : aussi l'est la chicheté, vilité, & sordidité d'aucuns autres, qui viennent dans les Palais avec des robes vieilles de gros drap, ou sarge, monstrant la corde, crottées ; les chapeaux graisseux ; soutanes, & bas de mesme »<sup>44</sup>. Ces condamnables habitudes ne sont d'ailleurs pas l'apanage des membres des juridictions souveraines. La magistrature moyenne des cours présidiales, d'autant plus attentive à cette marque de longévité d'une famille dans la fonction qu'elle est relativement récente, s'y montre souvent tout particulièrement attachée<sup>45</sup>. En définitive, l'idéal réside dans le juste milieu, cette « médiocrité » qui « doit servir de règle en toutes choses », tant le trop et le peu « sont extremitez dangereuses »<sup>46</sup>.

### *Les faits*

En pratique, les jeunes conseillers, s'écartent bien souvent des antiques vertus prônées par le premier président aux requêtes. Ainsi les voit-on, assoiffés de paraître, victimes des modes qui courent, afficher un parfait mépris pour « l'azur de modestie »<sup>47</sup>. Tels des muguets de cour, ces fils de famille parodent engoncés dans des tenues resplendissantes, « mignons, riches & superbes en habits<sup>48</sup> [...], parfumez, musquez [...], & autres choses propres & ordinaires aux femmes »<sup>49</sup>, chaussés de

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, § XXIV.

<sup>44</sup> *Ibid.*, chapitre XIII, § XXVIII, p. 456.

<sup>45</sup> B. FOURNIEL, *Du bailliage des Montagnes d'Auvergne au siège présidial d'Aurillac. Institution, société et droit (1366-1790)*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009, p. 231. En 1781, une description des officiers du siège présidial d'Aurillac insiste sur le fait que « nos anciens tiennent à leurs vieilles robes comme les cordeliers aux grandes manches : Vixouzes surtout tient plus que jamais à la malpropreté, Guitard à la ceinture de cuir, Serieys à ses lambeaux ». Les études consacrées aux « officiers moyens » sont nombreuses. On consultera notamment Chr. BLANQUIÉ, *Les présidiaux de Richelieu : justice et vénalité, 1630-1642*, Paris, éd. Chrisian, 2000 ainsi que les publications de Chr. BLANQUIÉ, M. CASSAN et R. DESCIMON dans *Les cahiers du Centre de recherches historiques*. Voir aussi F. GRIMAUDET, *Commentaria ad edictum de jurisdictione judicum praesidialium, publicatum anno 1550*, Paris, 1560 (Ses oeuvres ont été regroupées dans *Les œuvres de M. François Grimaudet, Avocat du Roy au Siège Présidial à Angers, Reveües, corrigées, & nouvellement mises en un tome*, Amiens, Paris, 1669). Concernant les qualités du juge (édition d'Amiens) : p. 398, « magistrat ne doit abuser de sa charge » ; p. 512, « Honneurs & offices sont loyers de vertu » ; p. 516, « Juges ne doivent avoir la gloire de sévérité » ; p. 517, « Prudence compagne de Justice ». Inversement, p. 500, « Ambition de plusieurs juges ignares » ; p. 501, « Avarice & rapacité des juges ».

<sup>46</sup> *Treze Livres...*, livre VIII, chapitre XIII, § XXVIII, p. 456.

<sup>47</sup> *Ibid.*, chapitre XXXII, § 1, p. 495.

<sup>48</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIII, § IV, p. 498.

<sup>49</sup> *Ibid.*, chapitre XIII, § XXII, p. 455 et § XXXIII, p. 458.

« mules ou mulets de cuir de couleur blanche, verte, rouge, jaune, violette »<sup>50</sup> et « neantmoins pauvres & defectueux en iuement, cervelle, doctrine, & autres bonnes qualités »<sup>51</sup>. Tout rutilants d' « anneaux avec diamants, & des colliers, ou carquants, cotoirs avec diamants aussi, & toutes sortes de pierreries, avec des chesnes de grosse & grande quantité de perles », ils semblent, par leur splendeur, vouloir égaler les princes<sup>52</sup>. Arborant un « menton presque razé ou fort raz coupé, avec de grandes moustaches, fort relevées, retroussées & frisées avec certains fers chauds à la Turcquesque », ils n'ont que faire d'une « barbe bien taillée » qui « apporte gravité & respect »<sup>53</sup>. Parfois semoncés, les plus impertinents ne craignent même pas la répartie « gaillarde », quand bien même le rappel à l'ordre, intervenant en pleine séance des chambres assemblées jugeant des mercuriales, émane-t-il du premier président<sup>54</sup>. Remarquée dans l'enceinte du Palais, cette jeunesse dorée l'est tout autant à l'extérieur. Gagnant leurs maisons des champs, les plus orgueilleux, arborant avec la suffisance des parvenus les signes distinctifs d'une noblesse qu'ils ne possèdent pas, persistent à faire fi des règles interdisant de « s'abiller de couleur, ny porter espées aux gardes dorées, ny argentées, moins des estrieux ou esperons dorés, ny selles de leurs chevaux bigarées de couleur »<sup>55</sup>. D'autres, modernes rois fainéants, « plus qualifiés femmes », ne leur cèdent en rien, sinon par le mode de locomotion, s'en allant « en leurs terres [...] avec une charrette trainée par des bœufs ou iuments de labourage, avec un matelas dedans, couverte d'une tapisserie, ou de feuillages »<sup>56</sup>. « Tu fais le gentilhomme », s'exclamera toujours un demi-siècle plus tard, dans *Les Plaideurs*, le juge Perrin Dandin apostrophant son fils Léandre, estimé bien dissipé<sup>57</sup>. Ces débordements ne sont d'ailleurs pas l'exclusif apanage d'écervelés immatures<sup>58</sup> et, trop souvent, leurs aînés n'ont guère plus de retenue. La pilosité faciale des plus chenus varie désormais « autant qu'il y a d'humeurs volages, & bigeares d'aucuns »<sup>59</sup>. Prétextant vouloir « exempter leur tête [...] de la rigueur du froid l'hyver », ils portent

<sup>50</sup> *Ibid.*, § XXVI, p. 454-455.

<sup>51</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIII, § IV, p. 498.

<sup>52</sup> *Ibid.*, chapitre XXXV, § 1, p. 501-502.

<sup>53</sup> *Ibid.*, chapitre XIII, § XXXIV, p. 458.

<sup>54</sup> *Ibid.*, § XXVI, p. 454-455. L'un d'entre eux, portant ostensiblement des chaussures de velours coloré lors de la réunion des chambres assemblées jugeant de la mercuriale de l'année 1586, rappelé à l'ordre par le président Duranti, lui rétorque « trop gaillardement qu'il pouvoit aussi bien porter du velours à ses pieds, que ledit Sieur Président en faisoit porter à l'harnois de son mulet ».

<sup>55</sup> *Ibid.*, § XXV, p. 454.

<sup>56</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIII, § XIII, p. 502.

<sup>57</sup> Jean Racine, *Les Plaideurs* (1668), acte 1, scène 4 : « Du repos ? Ah ! sur toi tu veux régler ton père ? / Crois-tu qu'un juge n'ait qu'à faire bonne chère, / Qu'à battre le pavé comme un tas de galants, / Courir le bal la nuit, et le jour les brelans ? / L'argent ne nous vient pas si vite que l'on pense, / Chacun de tes rubans me coûte une sentence. / Ma robe vous fait honte : un fils de juge ! Ah ! Fi ! / Tu fais le gentilhomme. Hé ! Dandin, mon ami, / Regarde dans ma chambre et dans ma garde-robe / Les portraits des Dandins : tous ont porté la robe... ».

<sup>58</sup> Ces « jeunes fols qui si effrontément se hazardent & ingèrent au public pour faire encore mieux paroistre leur bestise & ignorance ». J. de CORAS, *op. cit.*, p. 4-5.

<sup>59</sup> *Treze Livres...*, chapitre XIII, § XXXIV, p. 458.



une « fausse perruque » surmontant ridiculement leur visage « peint »<sup>60</sup>. Argument pitoyable de libidineux vieillards atteints de calvitie, au visage raviné par les ans, ne poursuivant qu'un seul but : « couvrir & cacher leur age & vieillesse, & se rendre plus agréables aux femmes ; & par là tromper quelques jeunes filles, ou femmes en mariage »<sup>61</sup>. Outre que la justice se déconsidère ainsi aux yeux des justiciables prompts à jeter l'opprobre sur elle, la porte est bel est bien grande ouverte à une irrémédiable déchéance matérielle puis morale. Car « est à craindre, que ces excessives despences des Magistrats, ne leur engendrent la pauvreté & icelle la concussion, qui leur enfantera une dégradation, ou perte de leurs estats, honneur, voire de la vie »<sup>62</sup>. Peut-être La Roche-Flavin songe-t-il ici au président d'Ulmo qui termina au bout d'une corde sa triste carrière de prévaricateur et de faussaire<sup>63</sup>.

## II - Déchéance physique et psychologique : le Parlement de Toulouse, une autre cour des miracles ?

A supposer qu'elles soient encore de mise puisque, selon La Roche-Flavin, les « Conseillers Clercs<sup>64</sup> putassiers » le disputent désormais aux « Conseillers lays entretenans en presence de leurs femmes des putains »<sup>65</sup>, à elles seules les qualités de tempérance sont bien loin de suffire. « Il y en a des autres autant, ou plus requises & nécessaires ». En étant dépourvus, certains « ne peuvent, ny doivent estre admis à la

<sup>60</sup> *Ibid.*, chapitre XLVI, § IV, p. 515.

<sup>61</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIII, § XIII, p. 502.

<sup>62</sup> *Ibid.*, § XIL.

<sup>63</sup> La nomination des consuls de Montauban ayant soulevé des conflits entre partis, Jean d'Ulmo, d'abord avocat général (1526) puis quatrième président (1529), est chargé par le Parlement d'informer et de transmettre ses procès-verbaux à la cour. Il est dénoncé au roi par le syndic de Montauban comme ayant perçu des sommes d'argent des uns et des autres. Le roi envoie deux commissaires auprès du Parlement qui les assiste dans l'instruction du dossier. L'arrêt est rendu en conseil du roi le 5 septembre 1537 et exécuté le 7 octobre suivant. « Pour raison de fausseté, concussion, rapt, et autres crimes par lui commis », d'Ulmo est condamné « au parquet, à l'audience, exauctoré des habits et marques de président, tête et pieds nus, tenant une torche allumée en ses mains faire amende honorable, le procès-verbal par lui fait en la maison de ville de Montauban, comme faux lacéré en sa présence et ledit d'Ulmo être délivré entre les mains de l'exécuteur de la haute justice pour, sur une charrette, lui faire faire le tour accoutumé par les rues et carrefours de Toulouse et amené à la place Saint-Georges, pour y être pilorisé par trois coups et après flétri d'une fleur de lys au front, avec un fer chaud et confiné au château de Saint-Malo, afin d'y finir ses jours à n'en jamais sortir, à peine de la hart, ses biens confisqués, mais la légitime réservée à ses enfants ». Douze ans plus tard, jugé pour falsification des registres du gouverneur du château de Saint-Malo, il est condamné à mort et pendu au gibet de la forteresse. F. VINDRY, *Les parlementaires français au XVIe siècle*, Paris, H. Champion, vol. 2, fasc. 2, 1912, p. 152 ; J.-B. DUBEDAT, *Histoire du Parlement de Toulouse*, Paris, Rousseau, 1885, t. 2, p. 178-182.

<sup>64</sup> Outre les conseillers laïcs, les Parlements comptent dans leurs rangs des conseillers clercs. O. DEVAUX, « Les conseillers clercs au Parlement de Toulouse d'après les *Treze Livres des Parlements de France* », *RHD*, juillet-septembre 2013, n° 3, p. 399-449.

<sup>65</sup> *Treze Livres...*, livre II, chapitre VI, § XXXIV, p. 78. Le Parlement déclare le conseiller Raymond Bonail, âgé de 65 ans et convaincu de rapt, à jamais inhabile à exercer un office royal, le condamne à la privation de son office, au bannissement pour dix ans de la ville et viguerie de Toulouse, à verser une amende de 400 livres à sa victime et de 100 livres à la mère de celle-ci (*ibid.*, livre XI, chapitre XII, § VIII, p. 648). La maison du faubourg Saint-Michel dans laquelle le conseiller cachait la jeune fille est confisquée par la cour. J.-B. DUBEDAT, *Histoire du Parlement de Toulouse*, Paris, Rousseau, t. 2, p. 536.

Magistrature »<sup>66</sup>. Qu'en est-il en pratique du Parlement de Toulouse, reflet, comme les autres cours souveraines du royaume, de la sagesse et de la beauté du Prince ?

### *Sourds, muets, aveugles et louches*

Inutile, précise La Roche-Flavin, de s'attarder sur le cas de ceux qui se trouvent affligés « de nature » par de telles infirmités. Il va de soi qu'ils sont dépourvus des aptitudes requises par la charge, « pour estre l'ouye necessaire pour ouyr les Advocats, parties, & les opinions des Iuges ; la parole pour rapporter, opiner, ou prononcer les arrests ; la veüe pour voir les prevenus sur l'escabelette, pour lire les inventaires, & signer les arrests, & escrire les espices aux Présidents »<sup>67</sup>. Ils sont irrémédiablement dans l'incapacité de participer au débat judiciaire et « il seroit vanité (d'en) parler »<sup>68</sup>. D'autant que la doctrine va jusqu'à considérer le sourd-muet comme « équivalent au fou »<sup>69</sup>. Que peut en effet espérer la justice de telles situations, sinon une véritable farce, comme en atteste le bien connu « Epigramme François » noté avec une évidente jubilation par notre auteur ?

Un sourd fit un sourd adiourner  
Devant un sourd en un village :  
Puis vint hautement entonner  
Sa demande estant d'un fromage,  
L'autre répond du labourage :  
Surquoy le iuge fort suspens,  
Déclara bon le mariage,  
Et les renvoya sans despans »<sup>70</sup>.

120

Bien plus tard, dans *Notre-Dame de Paris*, Victor Hugo mettra en scène de façon tout aussi burlesque un sourd, Maître Florian Barbedienne, « léger défaut » pour un auditeur au Châtelet, interrogeant un sourd, Quasimodo, condamné sans avoir été entendu ni rien compris à deux heures de pilori pour tentative de rapt sur la personne d'Esméralda<sup>71</sup>.

Le jugement est moins abrupt concernant les « sourdastres, ou durs d'oreille, [...] begayans, & balbutians, desquels on en void plusieurs » au Palais. Le handicap qui les afflige ne paraît pas un empêchement dirimant. Il serait cependant bon que, de leur propre chef, ils s'abstiennent de siéger « pour ne donner peine à leurs compagnons de leur parler, ou se faire entendre, & à eux mesmes d'écouter, ou parler

<sup>66</sup> *Ibid.*..., livre VI, chapitre IV, § 1<sup>er</sup> II, p. 344.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § II ; Mathieu, 6, 22-23 : « L'œil est la lampe du corps. Si ton œil est en bon état, tout ton corps sera éclairé... ».

<sup>68</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre IV, § I et II, p. 344. Sur leur mise sous curatelle en droit romain, *Institutes de Justinien*, livre I, titre XIII, § 4 dans M. BLONDEAU (publié par), *Institutes de l'Empereur Justinien traduites en français...*, Paris, 1838, t. 1, p. 57-59.

<sup>69</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 251.

<sup>70</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXI, p. 353. Généralement attribué à Paul Péliçon (1624-1693), cet épigramme est en fait l'œuvre d'un auteur de l'Antiquité.

<sup>71</sup> *Notre-Dame de Paris-1482*, partie 6, chapitre 1 : « Coup d'œil impartial sur l'ancienne magistrature ».

avec tant de difficulté ». Quant aux conseillers qui, postérieurement à leur entrée en fonction, sont « par accident » frappés de surdité ou mutité, ils pourront continuer à exercer et donc à percevoir leurs gages, « tout de mesme que le salaire est deub aux valets, & chambrières pendant leur maladie, encore qu'ils ne servent ». Nul, en effet, précise-t-il, se référant à l'ordonnance de Blois de mai 1579, ne peut être privé d'un office royal si ce n'est « par mort, incompatibilité ou forfaiture »<sup>72</sup>. Encore faudra-t-il qu'il y ait « esperance de guérison ». A cette seule condition, ils seront « tollerables pour quelque temps »<sup>73</sup>.

Ceux auxquels survient la cécité « peuvent estre juges ». La preuve en est dans un arrêt rendu par le Parlement de Paris qui, le 20 novembre 1437, reçut un conseiller aveugle. Mais à la condition toutefois de « n'exercer l'office, qu'il n'eust recouvert la veüe ». En dépit de l'illustre exemple de Lucius Manlius Torquatus qui, élu consul pour la troisième fois, refusa cet honneur, déclarant « devant le peuple [...] que ce n'estoit pas la raison qu'on mist la Republique entre les mains de celui qui ne voit que par les yeux d'autrui »<sup>74</sup>, la règle n'est pourtant guère observée. Ce contre quoi s'insurge La Roche-Flavin puisque, « à cause de quoy nous avons supporté cinq, à six ans Monsieur le Président de Saint Felix<sup>75</sup>, estant devenu aveugle entièrement à Paris, & jusques à son trépas, advenu cette année mil sixcens douze, jouissant tousiours de ses gages, & encore entrant ordinairement, & tenant les Audiances, & Bureau », alors qu'« il falloit tenir la main, & la plume audit President ». Etant hors d'espérance de guérison, de tels infirmes « fairoient mieux de se retirer du Palais, & resigner les estats à leurs enfans, parens ou autres »<sup>76</sup>.

### *Boiteux et bossus*

121

Les magistrats étant personnes publiques, « lesquelles sont d'autant plus veües, qu'ils sont eslevez en plus grandes dignitez », seraient bien avisés, en cas de difformités, de ne « tant manifester leurs imperfections corporelles ». Pourtant, et bien que la majesté de la justice puisse en être affectée, rien ne permet de les écarter car « ils n'ont le sens, le jugement, la langue, l'ouÿe, ny les autres parties intérieures, & requises pour bien juger, bossues, ny boyteuses »<sup>77</sup>. Ainsi a-t-on vu au Parlement de Toulouse, le clopinant conseiller de Montbel<sup>78</sup> ou, au Parlement de Provence,

<sup>72</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre V, p. 344-345 ; ISAMBERT, *op. cit.*, t. 14, p. 431, art. 212. Ces dispositions reprennent celles des ordonnances d'octobre 1467 (*ibid.*, t. 12, p. 542) et d'août 1546 (*ibid.*, t. 12, p. 914, art. 2).

<sup>73</sup> *Treze Livres...*, chapitre IV, § III, p. 344.

<sup>74</sup> *Ibid.*, chapitre XX, p. 353.

<sup>75</sup> Claude de Saint-Félix, sieur de Varennes, conseiller au Parlement de Toulouse (en exercice en 1566), puis procureur général (reçu le 11 août 1570) après avoir résigné son office à son frère Raymond et, enfin, sixième président (reçu le 22 août 1598). Il meurt le 22 septembre 1611. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 145 et 156.

<sup>76</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre IV, § III, p. 345.

<sup>77</sup> *Ibid.*, chapitre XXV, p. 355.

<sup>78</sup> Pierre de Montbel, d'abord conseiller au Parlement d'Aix (26 octobre 1552) puis au Parlement de Toulouse (pourvu le 11 mars 1554, en exercice le 28 octobre 1555). F. VINDRY, *Les parlementaires français*

l'unijambiste président de Coriolis<sup>79</sup> « cheminer dans le Palais d'une chambre à l'autre » sans dommage pour leur fonction. Pourtant, le trait fuse aussitôt, narquois, lorsque les limites du ridicule paraissent outrepassées. Que penser, en effet, de ce président toulousain de la chambre des enquêtes « de la maison de Bernoux<sup>80</sup>, si petit & bossu, qu'allant, & revenant du Palais sur une mule, avec un grand chapeau, les parties demandant aux artisans, s'ils l'avoient veu passer, ils respondoient avoir veu passer un chapeau sur une mule »<sup>81</sup>. On imagine sans peine, fusant par les rues, les éclats de rire populaires peu propres au respect dû à la fonction si modestement incarnée par le malheureux.

### *Gouteux et podagres*

L'affection est parfois si invalidante que certains conseillers, descendus de la monture sur laquelle on les a péniblement hissés au sortir de leur domicile, une fois arrivés au Palais, « ne peuvent plus cheminer, ny s'aider de leurs jambes [...] ne aller en leur Chambre ». Le sieur Bonot<sup>82</sup> en fournit le triste exemple lui qui, naguère et « par plusieurs années », se fit porter « dans la Chambre par deux valets » et, se trouvant assis, « ne se pouvoit remuer jusques à l'issüe du Palais », condamné de ce fait à attendre le bon vouloir de serviteurs peu empressés. De multiples inconvénients en résultaient. Pour lui, au premier chef, « pour les necessitez naturelles, si elles luy survenoient ». De même, pour la compagnie contrainte de supporter sa présence et d'examiner, au préjudice de l'exercice d'une inattaquable justice, des affaires pour lesquelles « il estoit recusé », d'admettre aussi que soit violée une enceinte sacrée en donnant « l'entrée à des valets, dans la Chambre de la Cour, où personne ne peut entrer, que ceux qui ont serment à icelle ». Et La Roche-Flavin, décidemment excédé, de recommander vertement à celle-ci « de n'estre jamais si patiente, ains faire dire à de tels importuns, qu'ils se retirent du Palais ». D'autant que, sous les stigmates de la souffrance, sous l'apparence du sacrifice de soi à l'institution judiciaire, se cache bien souvent la duplicité. Car « ne se [peut] rapporter une si grande importunité qu'à une plus grande avarice & convoitise de gagner en rapportant<sup>83</sup>, couverte du masque de

---

au XVI<sup>e</sup> siècle, Paris, H. Champion, vol. 1, fasc. 2, 1910 (Parlement d'Aix), p. 27 ; vol. 2, fasc. 2, 1912 (Parlement de Toulouse), p. 204.

<sup>79</sup> Louis de Coriolis, seigneur de Corbières ; d'abord entré dans la carrière des armes, il perd une jambe au service de Charles IX. Conseiller (3 octobre 1554) puis président à mortier (1<sup>er</sup> juin 1568) au Parlement d'Aix, mort à Avignon en 1600. F. VINDRY, *op. cit.*, vol. 1, fasc.2, p. 7 et 22. Personnage « formidable et de souveraine autorité », selon Nostradamus, il soutint vigoureusement les droits d'Henri de Navarre contre la Ligue.

<sup>80</sup> Nous n'avons pu identifier ce personnage.

<sup>81</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXV, p. 355.

<sup>82</sup> Sanx (Sanche) de Bonnot, conseiller au Parlement de Toulouse (reçu le 13 janvier 1574), mort le 6 mai 1608. F. VINDRY, *op. cit.*, vol. 2, fasc. 2, p. 173-174.

<sup>83</sup> Les gages perçus par les conseillers sont assez médiocres. La Roche-Flavin s'en plaint à plusieurs reprises (*Treze livres...*, livre II, chapitre XXI, § XII, p. 191 ; chapitre XIII, § X, p. 194). Aux gages s'ajoutent cependant les épices. A l'origine cadeaux divers offerts par les plaideurs victorieux, elles sont désormais des redevances versées en monnaie et précisément réglementées par la législation royale. Aux termes de l'édit de janvier 1597, le rapporteur d'une affaire perçoit la totalité des épices dans les procès jugés par la Grand'Chambre et la moitié au moins lorsque l'affaire vient devant la chambre des

languissement dans sa maison, & de contentement & consolation d'estre en si honorable compagnie ». Au conseiller Bonot, pas plus qu'à ses équivalents, le doute ne bénéficie : « Moins les doit on recevoir estants de telle qualité »<sup>84</sup>.

### *Essorillés et camards*

Le jugement est péremptoire. Peu importe d'ailleurs, du moins semble-t-il, que l'amputation soit purement accidentelle ; les essorillés « ne doivent être receus à la Magistrature, estant la plus grande iniure & le plus grand affront, qu'on sçauroit faire à un homme, que de luy couper ou arracher le nés ou oreilles ». *Nasum tuum et aures tuas praecident* a menacé Dieu, par l'entremise du prophète Ezechiel, en constatant les actes de paganisme auxquels s'adonnait Son peuple dans le temple de Jérusalem<sup>85</sup>. Et l'essorillage, fréquemment pratiqué à titre de sanction pénale depuis la haute Antiquité, figure toujours dans l'arsenal répressif du temps de La Roche-Flavin ; par exemple, et sans aller jusqu'aux crimes, à l'encontre des ivrognes à qui l'on promet de couper l'une puis l'autre oreille au cas de récidive<sup>86</sup>.

Quant à la camardise, preuve s'il en est que cette incommodité ne porte pas atteinte aux compétences, les plus grands personnages, tels Euripide et Hiéron, en était affectés. Cependant, commente La Roche-Flavin qui paraît témoigner de son expérience, ceux qui, « camards & autres ont l'haleine puante [...] sont fort ennuyeux & importuns en une compagnie, mesme de iustice, qui s'assemble quasi bouche à bouche à l'Audience & au Bureau matin & soir »<sup>87</sup>. La bouche du roi parlant dans les arrêts des cours souveraines, celle-ci ne devrait donc pas incommoder en exhalant un souffle fétide.

123

### *Hébétés et furieux*

L'appréciation est, l'on s'en doute, des plus sévère : « Les furieux, encores qu'ils ne le soient que par intervalles, fairoient mieux ne se mettre en peine, ny frais d'obtenir des offices, n'estant raisonnable, qu'ils soient reçus ».

Il peut cependant arriver que, sain d'esprit lors de son entrée en fonction, un conseiller ultérieurement frappé de troubles mentaux attente, par son comportement, à la dignité de la justice. Il faut alors distinguer deux types de syndromes. S'il est « continuellement furieux, & aliéné de son sens, il luy faut interdire l'entrée du Palais, & encore pour l'honneur de la Magistrature, luy bailler un curateur, & lui enjoindre le tenir enfermé dans la maison ». Non tant pour son propre bien, mais avant tout « affin que le peuple ne se moque ; & scandalise de ses actions furieuses ». En revanche, si les crises ne sont qu'intermittentes, « on ne peut le contraindre à quitter son office ; parce

---

enquêtes (ISAMBERT, *op. cit.*, t. XV, p. 126, art. 24). Mais la pratique fera bientôt que tous les magistrats ayant pris part à un jugement en percevront une partie. M. MARION, *Dictionnaire des institutions de la France*, Paris, Picard [réimpr. 1923], p. 212.

<sup>84</sup> *Treze Livres....*, livre VI, chapitre VII, p. 346.

<sup>85</sup> *Ibid.*, chapitre XXVI, p. 356.

<sup>86</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, t. 1 : *Le droit pénal*, Paris, Cujas, s. d., p. 118. Voir aussi J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 257-258

<sup>87</sup> *Treze Livres....*, livre VI, chapitre XXVI, p. 356.

que pendant ces intervalles, & traverses de la fureur, il faict toutes les fonctions d'homme de bon sens, & entendement, & que tout autre bon Iuge pourroit faire ». Et si l'accès de folie survient au Palais, « bien le peut la Cour contraindre à se retirer ». Ainsi en advient-il régulièrement de ce conseiller aux enquêtes, au demeurant « plus mélancholique que furieux », frappé de façon récurrente du délire de persécution et « qui à certain temps croit un sien beau frère, qui n'y pensa jamais, avoir atiltré des gens pour le tuer ». Il est alors exclu et retenu à son domicile puis, la rémission survenant, siège de nouveau. Ce type d'individu constitue cependant, tant pour son entourage familial que professionnel, un danger d'autant plus grand qu'aucun diagnostic ne permet de déceler l'imminence de tels désordres. La ligne de partage que trace le droit romain entre *demens* (dément) et *furiosus* (fou furieux) étant bien floue, on ne devrait donc jamais se départir d'une étroite surveillance. Ce qui ne fut pas le cas concernant ce conseiller psychotique puisque « neantmoins il a esté accusé d'avoir estranglé sa femme, pendant ses humeurs ». « Assez puni » par son aliénation, un tel individu est pénalement irresponsable, admettent tous les criminalistes<sup>88</sup>. Mais, au risque de mise en danger de la vie d'autrui, s'ajoute la possibilité que le malade attente à ses propres jours<sup>89</sup>. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une hypothèse purement théorique, un autre fait divers en témoigne. Sagnes, conseiller clerc au Parlement de Toulouse puis de Paris, « la fureur l'ayant surprins dans le Palais, sortant d'icelui monte sur sa mule [...] ; la voullut aller abrever luy mesme à la riviere de la Seine, & s'enfonsa tellement dans l'eau qu'il se noya »<sup>90</sup>. Et quand bien même l'un de ces malheureux ne se départirait-il jamais de son calme, il n'en demeure pas moins qu'il occupe une charge que la maladie peut empêcher de remplir. Le cours de la justice en est alors affecté. La Roche-Flavin s'en offusque : « L'en ay veu en ma jeunesse un autre Conseiller en cette ville, lequel estant plustost hebeté de son sens, que furieux, demeuroit la plus part du temps enfermé dans sa maison sans entrer au Palais, retenant son estat jusques à son trepas »<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 249-250. Seule exception à l'irresponsabilité du fou, le cas de lèse-majesté.

<sup>89</sup> En 1409, les exécuteurs testamentaires d'un individu qui s'est suicidé demandent au Parlement de Paris qu'il soit inhumé en terre consacrée car il s'est tué « dans un accès de démence et se trouve assez puni par sa propre fureur » (*ibid.*, p. 250).

<sup>90</sup> François de Sagnes, titulaire de l'archiprêtré de Thégra en Quercy, conseiller au Parlement de Paris, mort en septembre 1578, selon E. CABIÉ, *Guerres de religions dans le Sud-Ouest de la France, et principalement dans le Quercy*, Slatkine Reprints, Genève ; Laffitte Reprints, Marseille, 1975, p. 486. On notera cependant que F. VINDRY, *op. cit.*, p. 224, mentionne un François de La Garde « archiprêtre de Tégra et Carmain », conseiller clerc au Parlement de Toulouse (en exercice en 1557), ensuite reçu au Parlement de Paris le 27 août 1565 mais qui obtient, sur résignation, un office de conseiller à Toulouse en 1569, à charge d'opter dans un délai d'un an entre Toulouse et Paris ; s'étant décidé pour Paris, il se serait noyé le 29 septembre 1578 dans la Seine « au cours d'une partie de campagne à Chaillot, par accident ou dans un accès de fièvre chaude ». Il ne peut s'agir que d'un seul et même individu, Vindry, contredit par La Roche-Flavin et Cabié, ayant alors commis une erreur sur le nom du titulaire de l'office.

<sup>91</sup> *Treze Livres...*, chapitre V, p. 345.

### III – La macule sociale et religieuse

Nombres d'individus éclaboussés par la modestie ou l'infamie de leurs origines, personnalités douteuses trop ou insuffisamment connues, déviants de toutes sortes, notamment en matière religieuse, ne sauraient être promus à la dignité de magistrat supposant que l'on soit non seulement « exempt de vice », mais aussi de toute forme de suspicion<sup>92</sup>.

#### *La « marchandise », tache indélébile ?*

Les stratégies bourgeoises d'ascension sociale par l'achat d'offices souverains ou de charges « moyennes » de judicature nous sont bien connues<sup>93</sup>. On sait aussi que les origines parfois modestes -monde du commerce, de la paysannerie- de l'acquéreur d'une charge, ensuite héréditairement transmise dans une famille, sont cependant très volontiers et fort rapidement oubliées, voire dissimulées. La savonnette sociale ayant, en quelques générations, voire plus rapidement encore, fait son œuvre, c'est donc par le mépris, lorsque il ne s'agit pas de l'hostilité déclarée, qu'est accueillie toute candidature émanant d'un homme « nouveau » qui n'issirait pas du monde auquel il prétend vouloir s'agréger. Typique de ce point de vue, paraît être, dans un premier temps, le réflexe de La Roche-Flavin à l'encontre de ce personnage qui s'est « autrefois présenté, pourveu d'office de Conseillier, pour estre receu, ayant esté auparavant Marchand, & fait son apprentissage en ville, demeuré en boutique ouverte, fait voyage à Lion, Paris, Flandres, & Angleterre pour le fait de marchandise, demeurant avec les Marchands ». La réaction de rejet est ici d'autant plus affirmée que « des Conseillers oppinans attestoient le pourveu leur avoir souvent apporté de la marchandise en leur maison en qualité d'apprenti, ou facteur ». Comme de coutume mobilisées, les autorités de l'Antiquité, au premier rang desquelles Aristote et Platon, affirment en effet que « la loi appelle les marchands *viles negotiatores*, leur fermant l'entrée & la porte à tous Offices publiques & dignitez ». Car l'idéal du marchand, comptant et amassant, « n'est de servir ny profiter au public » mais, tout au contraire, de « gagner, bien ou mal, & à quel prix que ce soit, témoin qu'entre eux le plus riche est le plus estimé ». Faisant preuve d'un état d'esprit plus ouvert que bien de ses contemporains, La Roche-Flavin s'interroge pourtant. Le « trafic, commerce, & profession de la marchandise » est indéniablement « utile & nécessaire à un Etat ou République ». Grâce à l'esprit entreprenant des commerçants, « nous sommes accomodez des choses defaillantes, qui nous sont par eux apportées des nations loingtaines ; & dechargez de celles que nous avons de reste, & qui nous sont superflues, qu'ils transportent ailleurs avec beaucoup de peine, perils, & hazards de leur vie ». D'autre part, en France, « les négociants ne sont en si petite reputation &

<sup>92</sup> *Ibid.*, chapitre III, § II, p. 341.

<sup>93</sup> Y.-M. BERCÉ, préface de *Les officiers « moyens » à l'époque moderne : pouvoir, culture, identité*, PULIM, 1998. Nombreux exemples concrets de ces stratégies, parfois complexes et de longue haleine dans B. FOURNIEL, *op. cit.*, p. 211-242 ; du même auteur, « Juges seigneuriaux et officiers royaux de la cité épiscopale de Saint-Flour aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : unions privées, union publiques », dans B. FOURNIEL (dir.), *La justice dans les cités épiscopales du Moyen Age à la fin de l'Ancien Régime, Études d'histoire et des idées politiques* n°19, Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques- Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014.

estime, qu'on les face à Paris, Bourdeaux, Tholose, & autres capitales villes [...], Eschevins, Iurats, Consuls, Capitols, avec Iurisdiction civile & criminelle ». Le roi lui-même ne craint pas de les attacher à son service, parfois jusque dans des fonctions majeures<sup>94</sup>. A la deuxième génération, on voit leurs fils être sans difficulté élevés à l'épiscopat et autres dignités ecclésiastiques. Et, coup de griffe en direction de certaines de ses proches connaissances professionnelles bien vite oubliées de leurs toutes fraîches racines, « il y en a plusieurs qui ont leurs enfans [...] Conseillers, Maistres des Requestes, Présidents és Cours souveraine de ce Royaume »<sup>95</sup>. En définitive, une distinction s'impose donc, renforcée par l'autorité de Cicéron. « C'est des petits marchandeaux, regretiers, & revendeurs par le menu & en destail, *qui per fora vagantur ementes, ut charius vendant*, que les loix alléguées doibvent estre entendües, & non de ces bons & grands Marchands voyageurs ». D'autant que, en l'espèce, sans doute s'agissait-il d'une simple erreur de jeunesse. A moins qu'un revers de fortune ait temporairement nécessité cette sorte de dérogeance. L'impétrant était en effet « de bonne maison, bien instruit, & eslevé aux lettres és Collèges, avant qu'il tentast si la profession de la Marchandise luy seroit plus commode, & agreable ; que l'experience luy ayant faict recognoistre le contraire, il [l'avait] quittée puis longues années, & [s'était] remis à l'estude, & passé ses degrez, & leu publiquement en l'Université ». En définitive, la cour ne s'est pas déconsidérée qui délibéra donc « qu'ayant les autres qualités requises, & estant trouvé capable, il seroit reçu »<sup>96</sup>. Elle n'eut d'ailleurs guère à le regretter puisqu'il « a depuis tres-dignement exercé sa charge de Conseiller, iusques à son trepas advenu au mois de Iuillet dernier 1612. Dequoy i'en puis rendre plus de tesmoignage que tout autre, pour avoir esté son President puis trent'ans & plus : & desirerois que notre compagnie fut assortie & pourveüe tousiours de tels Marchands »<sup>97</sup>. Comprenne qui voudra...

Les fils de paysans<sup>98</sup>, peu nombreux il est vrai à être concernés, d'autant qu'ils doivent être suffisamment pourvus en deniers pour acquérir de telles charges, ne sont en revanche pas englobés dans la même opprobre que les petits commerçants : « Il ne se faut esbahir, si aux Parlemens se treuvent quelquefois des Presidens & Conseillers de bas lieu, fils de simples paysans ». De nouveau, l'histoire fournit en effet maints exemples de « plusieurs Papes Empereurs et Roys ayant esté pasteurs ». On songera ici, et inévitablement, au roi David ou encore à Gerbert d'Aurillac<sup>99</sup> si, à la différence de La Roche-Flavin, on ne se réfère pas à la légende selon laquelle la princesse Libussa, héritière du royaume de Bohême lors de la mort de son père vers l'an 700, aurait choisi d'épouser « celui au devant duquel s'arrêteroit un cheval, qu'elle fit lascher sans

<sup>94</sup> *Treze Livres...*, chapitre III, §II, p. 341. La Roche-Flavin se livre à une énumération des fonctions exercées par d'anciens marchands : « Secrétaires, Audianciers, & Controlleurs aux Chancelleries, Maistres de Comptes, & Thresoriers de France, & encore Intendans des Finances, comme i'ai veu un Marcel à Paris au règne du Roy Henry III ».

<sup>95</sup> Ainsi, Arnaud Vignaulx (mort le 26 mars 1563), conseiller au Parlement de Toulouse (nommé le 31 mars 1559, reçu le 22 juin), était-il « fils d'un modeste bourgeois de Toulouse », peut-être un petit commerçant. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 185.

<sup>96</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre V, p. 345.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 348.

<sup>98</sup> *Ibid.*, chapitre XXII, p. 353-354

<sup>99</sup> Pape sous le nom de Sylvestre II, de 999 à 1003.



conduite ny contrainte » et qui désigna « Primislaus<sup>100</sup>, qui labouroit sa terre ». Propriétaire foncier et, comme les hommes de son temps, attaché à la terre, l'auteur n'ostracise donc pas ceux qui la travaillent d'autant qu'il n'ignore certainement pas que bien de minuscules et besogneux hobereaux de campagne en viennent parfois à pousser eux-mêmes leur charrue.

### *Les infâmes*<sup>101</sup>

Il sont évidemment incapables de « tenir & exercer aucuns offices de judicature ny autre, non seulement en France, mais ailleurs, partout ». Judiciairement déclarés tels, s'entend, et par une sentence non susceptible d'appel, « non par une commune, vaine, & le plus souvent fausse opinion populaire, procédant de faux bruits semés par les artifices des ennemis ou envieux ». En toute hypothèse, il est toujours loisible aux Parlements de « dispenser de l'infamie méritée »<sup>102</sup>. Les cours souveraines vont parfois même plus loin. Et La Roche-Flavin de citer un cas qui le préoccupe puisqu'il y revient à deux reprises<sup>103</sup>, peut-être parce que, en l'espèce, le tact dont a fait preuve la compagnie le contrarie-t-il ; celui de Maître Mérigot, chanoine de Saint-Etienne. Lors de sa réception au Parlement de Toulouse « en Iuillet, ou Aoust mil six cens », et sur « rapport de son information de vie et mœurs »<sup>104</sup>, plusieurs opinants objectèrent « qu'il avoit mené toujours une vie luxurieuse » -il a été accusé de rapt<sup>105</sup>- pour raison de laquelle il avoit esté en prevention devant l'Official ; qu'il avoit faict publiquement l'office d'un Zany<sup>106</sup> sur les tabliers des boutiques de Tholoze ; & qu'ayant esté Receveur & Celerier de son Chapitre il auroit esté convaicu de telle malversation ; que par deliberation prinse en plein Chapitre, il auroit esté dict, qu'il ne seroit jamais plus employé, ny admis en aucune charge, pour ledit Chapitre ». Rien ne lui servit de faire valoir l'obtention d'une sentence absolutoire de l'official confirmée par l'archevêque, ainsi que la rétractation du chapitre. Intraitable sur le sujet des bonnes mœurs des conseillers, les chambres assemblées présumèrent « neantmoins [...] le tout avoir ecté practiqué [...] & qu'il convient à un Sénateur n'estre seulement exempt de vice, ains du moindre soupçon d'iceluy ». Elles se contentèrent cependant de lui « faire entendre qu'elles ne pouvoient agreer la reception de personnes si diffamées, & qu'il resignat son office à un autre plus agreable », acceptant par là même de ne pas rendre d'arrêt « pour, le rendant incapable de l'office, ne le rendre incapable de ses benefices »<sup>107</sup>.

127

<sup>100</sup> Pržemysl, fondateur d'une dynastie qui se perpétua jusqu'en 1506, La Roche-Flavin indiquant que les sabots du cheval « furent long-tems gardés en l'Eglise cathedrale de Prague, & montrés aux Roys de Boheme, pour leur faire souvenir de leur origine ».

<sup>101</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XIX, p. 352-353.

<sup>102</sup> « [...] laquelle clause les premiers juges ne peuvent mettre en leurs sentences : par ce que les Parlemens pretendent, que c'est à eux seuls de mettre cette clause dans leurs Arrests... » (*ibid.*).

<sup>103</sup> Dans le livre VI, il en a déjà traité au chapitre III, § V et X, p. 343- 344.

<sup>104</sup> A ce sujet, *ibid.*, chapitre III, p. 341-344.

<sup>105</sup> *Ibid.*, chapitre XIX, p. 352.

<sup>106</sup> Personnage bouffon dans les comédies vénitiennes. Les Zani sont « proprement les bouffons des opérateurs et des troupes de danseurs de corde, qui attirent des spectateurs par leurs plaisanteries et leurs grimaces » (*Litttré*).

<sup>107</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre III, § X, p. 344.

### *Les rejetons de « personnes villes et abjects »*

En la matière, « si on n'a douté ouvertement, du moins a-[t-]on grondé, ou grommelé ». A juste titre puisque, s'agissant d'individus d' « abjecte condition, comme fils de Sergents, Bouchers, Mareschals, Cordonniers, voire de Savatiers, & Ravaudeurs », le Code semble ne pas les admettre « aux grands Offices ». Pourtant, « il y-a plusieurs Papes, Roys, & Empereurs de semblable & moindre extraction, & encore qui avoyent esté eux mesmes simples Bergers, Laquays, & Regachs<sup>108</sup> de Soldats ». Mieux vaut cependant les tenir à distance. Car, durant les guerres de religion, « avons espreuvé telles gens eslevez *è fece populi*, estre plus insolens, tumultueux, seditieux, & insupportables, que les fils de bonne maison ». On mesure ici toute l'immense étendue du dédain, réaction dont l'auteur se tire finalement en renvoyant à la sagesse populaire s'exprimant dans le dicton bien connu : *Non generant Aquilae Columbas*<sup>109</sup>. Certaines colombes peuvent cependant aisément se muer en aigles, un conseiller troquant parfois le bonnet et la robe contre le bassinet et l'armure. Mais, s'agissant de la bonne cause, celle de la religion catholique, La Roche-Flavin glisse discrètement<sup>110</sup>.

### *Fils de prêtres et bâtards de laïcs*

Il ne saurait être question d'admettre les « Bastards, fils de Prestres », incapables d'accéder aux ordres sacrés dès le temps de l'Eglise primitive et chassés des lieux de culte, parce que « contaminés par leurs pères », disposition que renouvela le « neuvième Concile Toletan »<sup>111</sup>. En conséquence, en 1570, la cour toulousaine refusa-t-elle d'entériner les lettres de conseiller d'un nommé Bordenoue, « fils bastard d'un Chanoine ». Et ce, nonobstant qu'il eut obtenu « lettres de légitimation & dispence de tenir offices & bénéfices en bonne et deuë forme ; bien que d'ailleurs il fut homme de bien et capable ». De quoi, le pauvre homme « devint malade & mourut de regret ». Les fils de prêtres n'ont pourtant pas toujours été ostracisés. Certains d'entre eux ont même été papes, tels « Boniface premier<sup>112</sup>, Foelix troisième<sup>113</sup>, Agapetus premier<sup>114</sup>, & Théodore premier »<sup>115</sup>. Mais la différence demeure de taille. Car « n'estoient

---

<sup>108</sup> Ragach : valet.

<sup>109</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XI, p. 348.

<sup>110</sup> S'agissant du Parlement de Toulouse, Paul de Frézals, conseiller aux Requêtes (apparaît le 12 novembre 1593), nommé présidents aux Enquêtes (reçu le 1er juin 1603), mort au siège de La Rochelle le 15 septembre 1628. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 247. Parmi les réformés, Jean de Coras n'avait pas hésité à participer aux violents troubles qui ensanglantèrent Toulouse en avril 1562. Quant aux ecclésiastiques, on songera inévitablement au tableau de Henri-Paul Motte (1881) représentant Richelieu, sur la jetée qu'il a fait édifier pour barrer l'accès du port aux secours anglais durant le siège de La Rochelle, en tenue de guerre et bottes « à la mousquetaire », mais drapé dans une cape pourpre et calotte en tête.

<sup>111</sup> Le neuvième concile de Tolède (655) dispose que si un clerc, sous-diacre de l'évêque, a eu un enfant d'une femme libre ou esclave, l'enfant devient esclave de l'église où son père a servi.

<sup>112</sup> Boniface Ier, fils du prêtre Iocondus, pape de 418 à 422.

<sup>113</sup> Félix III, fils d'un prêtre du même nom, pape de 483 à 492, bisaïeul de Boniface le Grand.

<sup>114</sup> Agapet Ier, fils du prêtre Gordien, pape de 535 à 536.

<sup>115</sup> Théodore Ier, fils d'un patriarche de Jérusalem du même nom, pape de 642 à 649.

bastards, ains legitimes, fils d'honnestes hommes mariés, qui s'estoient rendus Prestres après la mort de leurs femmes ». Enfin, et en toute hypothèse, au temps de l'Empire romain païen tentant d'éradiquer le christianisme par la violence, nécessité faisant loi, « les enfans [des prêtres] s'estimoient, principalement [...] qu'on estoit contrainct recevoir les mariés au presbiterat, pour la rareté des Chrestiens, qui se voulassent hazarder aux persecutions publiquement dressées contre les Chrestiens, & ministres de l'Eglise »<sup>116</sup>. L'entrée dans les ordres de laïcs, après leur veuvage, subsiste d'ailleurs au XVII<sup>e</sup> siècle comme aujourd'hui et le monde de la justice n'y échappe pas bien que, et contrairement à une habitude fréquente chez lui, l'auteur ne cite ici aucun nom. On n'éprouvera cependant guère de difficulté à en trouver un exemple célèbre parmi les membres du Parlement de Toulouse<sup>117</sup>.

Quant aux bâtards de laïcs, l'histoire fourmille de cas dans lesquels ils ont été appelés aux plus hautes destinées, tels l'empereur Constantin, Guillaume duc de Normandie et roi d'Angleterre « & autres plusieurs Roys de Perse, Macedoine, Sicile, Espagne, Portugal ». La dynastie mérovingienne, « voire Clovis le premier Roy Chretien » lui-même, prétend-il, fut riche de bâtards montés sur le trône. Cependant, « la porte de la Royauté leur a esté depuis fermée en la seconde & troisième lignée ». Ils ne seront donc « receus aux Parlemens, si on est adverti de leur bastardise ». Il peut pourtant arriver que des enfants naturels parviennent à se glisser dans les rangs des conseillers. La vigilance de la cour se trouve alors prise en défaut ; ainsi, à Toulouse, « de nostre temps le sieur de la Mothe Massau<sup>118</sup> reçu Conseillier : apres laquelle reception on fust adverty, qu'il estoit fils d'un Commandeur de Malte » ; on notera ici la circonstance aggravante. Dans d'autres cas, et quoi qu'en dise La Roche-Flavin, peut-être la cour a-t-elle tout simplement et pudiquement fermé les yeux eu égard au statut du nouveau venu. Pouvait-on, en effet, unanimement ignorer les origines de cet évêque de Comminges qui, « fils bastard du sieur de Lanssac<sup>119</sup>, s'estant fait pourvoir d'un des deux offices de Conseillier en ce Parlement, destinez pour les Evesques<sup>120</sup>,

<sup>116</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XVII, p. 351.

<sup>117</sup> Etienne Aufréry (vers 1458-10 septembre 1511), official de l'archevêque de Toulouse le 10 juillet 1483, entre dans les ordres après la mort de sa femme. Trésorier archiépiscopal, il est mentionné comme recteur de Gargas et Saint-Pierre de Lages, puis comme recteur de l'église paroissiale de Puybusque. Régent en droit canonique à l'Université de Toulouse, il est reçu conseiller clerc au Parlement le 4 décembre 1488, devient président aux enquêtes le 25 juin 1504. P. ARABEYRE, notice « Aufréri (Aufrère, *Aufrerius*) Etienne », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, p. 24-25 ; F. VINDRY, *op. cit.*, p. 157.

<sup>118</sup> Sans doute Géraud de Massas, sieur de la Motte, reçu le 30 janvier 1572, mort le 27 mai 1598. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 220-221.

<sup>119</sup> Il s'agit d'Urbain de Saint-Gelais-Lansac, évêque de Comminges de 1580 à sa mort, survenue en 1613, nommé conseiller le 16 février et reçu le 22 mai 1571. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 275-276. Ligueur, il est l'auteur d'un *Advertissement particulier et véritable de tout ce qui s'est passé en la ville de Tholose, depuis le massacre et assassinat commis en la personne des Princes catholiques, touchant l'emprisonnement et mort du premier Président et advocat d'icelle*, Paris, R. Le Fizelier, 1589.

<sup>120</sup> Parmi les conseillers clercs, le Parlement de Toulouse compte deux « conseillers clercs épiscopaux » ayant « séance, voix, & opinion deliberative tant à l'Audiance, que au Bureau en la grand Chambre ». *Treze livres...*, livre II, chapitre VI, § VIII, p. 73 ; O. DEVAUX, art. cit., p. 415-418.

fust en conséquence de ladicte qualité d'Evesque, [...] receu audict estat de Conseillier ; ce qu'autrement n'eust été fait »<sup>121</sup> ?

### *Etrangers et aubains*

Le discours revêt ici un ton clairement xénophobe inspiré par l'histoire nationale. Les Italiens, pas plus que les Espagnols, Anglais « & autres qui viennent domicilier en France », ne trouvent grâce aux yeux de l'auteur. Ils ne pourront, les ordonnances royales en font foi<sup>122</sup>, « tenir ny exercer aucuns offices royaux, ny benefices » tant qu'ils n'auront pas obtenu de lettres de naturalité. A cela diverses raisons : il n'est, tout d'abord, « pas raisonnable d'oster le pain de la main des enfans de la maison [...] pour le bailler aux estrangers » ; on ne peut, d'autre part, accorder de responsabilités à des traîtres potentiels par crainte d'« intelligence avec ceux de leur nation, survenant guerre » ; confier des charges à des étrangers ne peut que soulever « mescontentement, plaintes, envies, & emulations des regnicoles se voyant reculés des charges, honneurs, & dignités, & les estrangers avancés à icelles ». On ne peut manquer de remarquer ici que les Italiens viennent en tête de la liste des étrangers indésirables établie par La Roche-Flavin. Sans doute faut-il y voir un fond d'hostilité à l'égard de l'humanisme juridique, ce « tres-grand abus [...] introduit des lors qu'Alciat lisoit en Avignon »<sup>123</sup>. Ceux qui, « gens ignorans et meschants », se réclament de cette école historique du droit ne devraient d'ailleurs jamais être admis au rang de conseiller<sup>124</sup>. Par ailleurs, on remarquera que les *Treze Livres des Parlemens de France* paraissent en 1617, année même de la mort de Concini, ce favori de la régente Marie de Médicis, cumulant charges et dignités, faisant et défaisant les carrières, détesté du peuple, des courtisans et du jeune roi Louis XIII qui, inaugurant ainsi son règne personnel, le fait assassiner le 24 avril 1617. Cet événement est-il antérieur à la parution de l'ouvrage de La Roche-Flavin ? On peut le penser même si l'auteur n'y fait pas d'allusion directe, préférant se référer, du moins dans un premier temps, à d'autres circonstances, bien plus anciennes, dans lesquelles les Français, d'ailleurs tout aussi âpres au gain et tout aussi haïs, furent les victimes des Italiens lors des « Vêpres

<sup>121</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXIII, p. 354.

<sup>122</sup> La Roche-Flavin renvoie à l'ordonnance du 10 mars 1431 qui concerne l'incapacité où sont les étrangers d'être reçus aux bénéfices ecclésiastiques (ISAMBERT, *op. cit.*, Paris, 1825, t. VIII, p. 783-787). Il ne cite pas l'article 8 de la récente ordonnance de mai 1616 qui, reprenant l'ordonnance de Blois de mai 1579, exclut en principe les étrangers des offices et fonctions publiques (*ibid.*, t. XVI, p. 86).

<sup>123</sup> *Treze Livres...*, chapitre XXVIII (consacré aux examens que doivent subir les candidats à une charge de conseiller), § VIII, p. 358.

<sup>124</sup> *Ibid.*, § XXIX, p. 362. Outre Alciat, La Roche-Flavin renvoie à Tiraqueau, Connan, Duareau, Cujas, Hotman, Brisson, Grégoire de Toulouse « & autre modernes qui ont marié l'humanité avec le droit ». La charge contre l'humanisme juridique se poursuit un peu plus loin : « [...] les traicts des livres d'humanité nous servent à lier nostre langage, & lui donner quelque peu de grace : mais quand il faut juger les procez, ils ne trouvent plus de lieu. Rien ne demeure en l'esprit des Juges, ils esvanouissent comme fantomes ; toutes les allegations d'humanité ne servant que de parade, & de perte de temps sur un Bureau, là où il doit estre cher : & faisans cela nous allons mandier, & caymander parmy ces auteurs d'humanité certaines fleurettes, & certains petits traicts, qui nous semblent beaux, chercheants par une pure ostentation l'occasion de les alleguer, soit à propos, soit hors de propos, & laissons les pures, expresses, & precises decisions des Iurisconsultes, ou de nos Decisionnaires, ou des Ordonnances Royaux, que nous sommes tenus de sçavoir... ».

siciliennes »<sup>125</sup>. En toute hypothèse, La Roche-Flavin, témoin de l'ascension de son contemporain, revient ultérieurement sur la question par le biais d'une allusion qui paraît transparente. L'exemple des Romains qui, « plus courtois », accordaient aux étrangers « droict de bourgeoisie mais aussi les appellans aux honneurs & charges publiques » ne doit pas être imité<sup>126</sup>. « Aussi, insiste-t-il, je ne saurois d'avis », et quand bien même auraient-ils reçu des lettres de naturalité « qu'avec peu de finance facilement ils obtiennent [...], qu'on les receut aux villes frontières ». Pas plus qu'ils ne devraient accéder « aux grandes charges, ou estats des Parlemens, ou privé Conseil du Roy ; moins aux grandes charges des armes, ny aux Gouvernemens des Provinces, bien que n'en ayant veu & n'en voyant que trop ». C'est bien Concini qui semble montré du doigt, lui qui, marquis d'Ancre, premier gentilhomme de la Chambre, surintendant de la maison de la reine, gouverneur des places stratégiques de Péronne, Roye et Montdidier<sup>127</sup>, fut fait maréchal de France en 1613<sup>128</sup>.

Dangereux pour la nation qui les accueille, les étrangers sont de plus, et à maints égards, repoussants. A « leur langage non cogneu, ni entendu », s'ajoutent en effet des « mœurs & façons de vivre [...] quasi incompatibles avec [les] mœurs douces, franches & libres » des Français. Les Italiens sont en effet connus pour leur « dissimulation », les Espagnols et Anglais pour « leur superbe », tandis qu'Allemands et Flamands se disputent la palme de « l'yvrognerie & saletés »<sup>129</sup>. Or la sobriété s'impose au magistrat. Car, comment délibérer de grandes affaires « entre les gobelets » ? Il en résulte que « les jugemens des criminels [...] où il eschoit peine capitale » ne doivent être prononcés que « le matin [...] car on ne doit pas tenir pour avis bien digéré, ce qui se fait apres disner [...], estant certain que l'esprit est plus clair, net, & deschargé de vapeurs, & plus propre à concevoir, comprendre, & raisonner le matin & avant le repas »<sup>130</sup>.

Au bout du compte, étant « mal-aisé que l'arbre ne retienne quelque chose du terroir où il a jeté ses premières racines », on sera bien avisé de refuser systématiquement aux étrangers toute charge de judicature, quand bien même auraient-ils été naturalisés, et ce d'autant qu'« ils ne sont instruits à nos loix & coutumes, moins à nos stiles des Parlemens & iuridictions »<sup>131</sup>.

<sup>125</sup> *Ibid.*, livre VI, chapitre XVII, p. 351.

<sup>126</sup> *Ibid.*, chapitre XXIV, p. 354.

<sup>127</sup> Situées en Picardie (dans l'actuel département de la Somme), aux confins du royaume, ces villes stratégiques sont vivement disputées entre les rois de France et les Bourguignons (XVe siècle) puis les Espagnols (XVIe-XVIIe siècles). Elles revêtent donc une toute particulière importance. En 1616, les habitants de Péronne se soulèvent contre Concini et obtiennent gain de cause de Louis XIII.

<sup>128</sup> Il obtint la disgrâce du chancelier Brûlart de Sillery et fit nommer l'évêque de Luçon, futur duc de Richelieu, aux affaires étrangères et au conseil du roi. L'élimination de Concini entraîne temporairement la mise à l'écart de Richelieu qui suit la reine mère disgraciée à Blois puis est confiné dans son évêché de Luçon.

<sup>129</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XVIII, p. 351.

<sup>130</sup> *Ibid.*, livre IX, chapitre VIII, p. 561-562. Ce qui vaut pour les jugements criminels, vaut également pour le jugement des affaires bénéficiales, « les assemblées des Chambres pareillement : par ce qu'on y parle, & traicte des affaires d'Etat & publiques ».

<sup>131</sup> *Ibid.*, chapitre XVIII, p. 351.

## *Déviantes religieux : hérétiques et juifs*

La question est fondamentale, au sortir des guerres de religion qui ont longuement ensanglanté le royaume, le poussant au bord du gouffre<sup>132</sup>. Les haines ne sont d'ailleurs pas apaisées ; Henri IV a été assassiné il y a peu et la régence de Marie de Médicis, marquée par l'inquiétude des protestants consécutive au rapprochement de la France et de l'Espagne, par les manœuvres du prince de Condé, par les houleux Etats généraux de 1614 est apparue comme une période fort délicate pour la monarchie. En « parfait magistrat catholique »<sup>133</sup>, La Roche-Flavin prend sans détour position. Depuis toujours, « les Heretiques aussi sont indignes & incapables de tous Offices de Iudicature, & dignitez, par les Conciles, Canons, & Constitutions des Empereurs »<sup>134</sup>. Pourtant, concernant les protestants, regrette-t-il, « de ces saintes resolutions avons este contraincts nous despartir en France, & de vivre suyvnt les Edicts de Pacification, faicts pour l'apaisement des troubles & guerres civiles, pour la diversité des Religions »<sup>135</sup>. Parmi les multiples mesures ponctuant les guerres de religion, après l'édit de Saint-Germain-en-Laye (8 août 1570) qui accorde des garanties judiciaires aux protestants<sup>136</sup>, celui de Paris (6 mai 1576) établit une chambre mi-partie au Parlement de Paris et une semblable à Montpellier pour le ressort du Parlement de Toulouse<sup>137</sup>, plus tard à Lisle en Albigeois<sup>138</sup> (1585) puis à Castres (1595)<sup>139</sup>. L'édit de

---

<sup>132</sup> C. DELPRAT, « Les magistrats du Parlement de Toulouse durant la Ligue », *Annales du Midi*, t. 108, n° 213 : *Elites militaires et élites judiciaires aux XVIe et XVIIe siècles*, janvier-mars 1996, p. 36-62.

<sup>133</sup> F. PITOU, art. cit., p. 539, citant C. KAISER, *op. cit.*

<sup>134</sup> *Code Justinien*, I, IX, 17, P.-A. TISSOT, *op. cit.*, p. 119 : « Nous ordonnons que [...] personne des juifs à qui toutes administrations et toutes dignités sont interdites... ».

<sup>135</sup> *Treze Livres....*, livre IX, chapitre XIII, p. 348. Edit de Paris, 6 mai 1576, art. 12 : « Ceux de ladite religion (réformée) payeront les droits d'entrée, comme il est accoustumé pour les charges, offices, dont ils seront pourvus, sans estre contraincts d'assister à aucune cérémonie contraire à leur dite religion, et estant appelez par serment ne seront tenus d'en faire d'autre, que de lever la main, jurer et promettre à Dieu... » ; art. 17 : aussi bien les « catholiques unis » (membres de la Ligue) que les réformés sont déclarés « capables de tenir et exercer tous états, dignitez, offices et charges quelconques [...] sans qu'il soient tenus prester autre serment, ny astringts d'autres obligations, que de bien et fidelement exercer leurs estats, dignitez, charges et offices, et garder les ordonnances ». ISAMBERT, *op. cit.*, 1829, t. XIV, p. 284-285.

<sup>136</sup> Aux termes de l'article 35, afin que la justice soit rendue sans aucune « suspicion de haine ni de faveur », les protestants pourront, dans chaque chambre du Parlement de Paris où ils auront un procès, requérir que quatre des juges, soit présidents, soit conseillers, s'abstiennent du jugement, indépendamment des récusations de droit qui pourraient intervenir contre eux, les mêmes mesures s'appliquant évidemment aux catholiques. Cf. B. BARBICHE, reproduisant l'ensemble des textes intervenus entre 1562 et 1598 dans un document en ligne ([elec.enc.sorbonne.fr/edits de pacification](http://elec.enc.sorbonne.fr/edits_de_pacification)). La solution est identique pour le Parlement de Bordeaux, tandis que, dans les autres Parlements, ils n'en peuvent récuser que trois. Pour les procès que les protestants ont au Parlement de Toulouse, les parties peuvent convenir d'un autre Parlement ; sinon l'affaire est renvoyée aux requêtes de l'Hôtel pour y être jugée en dernier ressort (*ibid.*, art. 36 et 37).

<sup>137</sup> ISAMBERT, *op. cit.*, t. XIV, art. 18, p. 285, art. 18 (Paris) ; p. 286, art. 19 (ressort du Parlement de Toulouse). L'art. 20 spécifie que les Parlements de Grenoble, Bordeaux, Aix, Dijon, Rouen et de Bretagne devront être également dotés d'une chambre mi-partie. Voir aussi les art. 31 à 33 de l'Édit de Nantes, *ibid.*, t. XV, p. 180-181.

<sup>138</sup> Aujourd'hui L'Isle-sur-Tarn.

Nantes (13 avril 1598) crée à Paris une chambre dite « de l'Edit » où le nombre des catholiques est désormais supérieur à celui des protestants<sup>140</sup>. Une chambre comparable voit le jour à Rouen en 1599, tandis que, dans les autres Parlements, les chambres mi-partie, elles aussi souvent qualifiées de « Chambres de l'Edit », continuent leurs fonctions. Mais le Parlement de Toulouse s'arc-boute, refuse longuement d'enregistrer l'édit de Nantes<sup>141</sup>. On en connaît les raisons. Bastion du catholicisme en Languedoc durant les affrontements religieux, Toulouse a même été, plus de vingt ans avant Paris, l'un des berceaux de la Ligue<sup>142</sup> et le Parlement n'a jamais hésité à sévir rudement contre les réformés<sup>143</sup>, voire à laisser la populace mettre à mort les magistrats religieux ou catholiques jugés trop modérés<sup>144</sup>. Très

<sup>139</sup> S. CAPOT, *Justice et religion en Languedoc au temps de l'Edit de Nantes. La chambre de l'Edit de Castres (1579-1679)*, Ecole des chartes, 1998.

<sup>140</sup> ISAMBERT, *op. cit.*, t. XV, p. 179-180, art. 30.

<sup>141</sup> Il ne s'y résoudra, contraint et forcé par « l'exprès commandement du roi », qu'après vingt mois de résistance. Inversement, il avait refusé d'enregistrer l'arrêt de proscription rendu contre les Jésuites par le Parlement de Paris le 29 décembre 1594, à la suite de la tentative d'assassinat perpétrée contre Henri IV par Châtel, le Parlement de Bordeaux adoptant la même attitude. M. DE WAELE, *Les relations entre le Parlement de Paris et Henri IV*, Paris, Publisud, 2000, p. 320-354 ; B. BARBICHE, *Le banissement et le rappel des Jésuites (1594-1603)*, La Flèche, Prytanée militaire, 2004.

<sup>142</sup> Le cardinal Georges d'Armagnac, archevêque de Toulouse qui obtient, lors de la venue de Charles IX et de Catherine de Médicis en 1565, des lettres patentes lui conférant, ainsi qu'à ses successeurs à l'archevêché, le rang de « conseiller né et ordinaire » au Parlement, a été en mars 1563, avec le cardinal Strozzi, évêque d'Albi, et Blaise de Montluc, à l'origine de « la formation d'une ligue de défense de la foi catholique dont les membres [se sont engagés] à lutter par les armes, et sous la direction du Parlement contre les rebelles ». Le cinquième président, Jean II de Paulo, a dirigé le comité ligueur constitué en janvier 1589 après l'assassinat du duc de Guise. *Treize Livres...*, livre II, chapitre VI, § V, p. 73 ; Ph. WOLFF (dir.), *Histoire de Toulouse*, Toulouse, Privat, 1974, p. 283.

<sup>143</sup> De 1540 à 1548, il a instruit 200 procès contre des protestants et prononcé 18 condamnations à mort. En 1553, le conseiller Antoine de Lautrec, oncle de La Roche-Flavin, est condamné au bûcher mais, réfugié en Suisse, est brûlé en effigie. Ph. WOLFF, *op. cit.*, p. 273 ; *Treize Livres...*, livre VI, chapitre II, § III, p. 340-341 ; F. VINDRY, *op. cit.*, p. 205-206. En avril 1562, de violentes échauffourées opposent catholiques et protestants, le Parlement réussit à rétablir l'ordre. Mais le président Jean de Mansencal, informé d'une tentative de coup de force des protestants, appelle à la rescousse Blaise de Montluc, avec l'accord des autres présidents du Parlement. De violents combats se déroulent dans les rues de Toulouse et, les forces de Condé ayant été mises en déroute (mai 1562), le Parlement lance 55 arrêts de prise de corps concernant plus de 1600 personnes. Les meneurs protestants toulousains dont on a pu s'emparer sont condamnés à mort et exécutés. Le quatrième président, Michel du Faur de Saint-Jory, suspecté d'hérésie, et 7 conseillers sont interdits, Jean de Mansencal, jugé trop tiède par les catholiques extrémistes, s'en tire de peu. Ph. WOLFF, *op. cit.*, p. 275-280 ; F. VINDRY, *op. cit.*, p. 139, 141, 144.

<sup>144</sup> A l'annonce de la Saint-Barthélémy parisienne qui a débuté le 24 août 1572, les conseillers calvinistes Antoine de Lager, François de Ferrières et Jean de Coras se sont enfuis de Toulouse. Revenus dans la ville, ils sont emprisonnés (4 octobre 1572) et, tandis que le Parlement instruit leur procès pour trahison, ils sont massacrés dans leur prison par des extrémistes catholiques, leurs corps pendus au grand ormeau du Parlement, revêtus de la robe rouge. Après l'échec de la tentative de soulèvement des protestants toulousains à laquelle il avait participé en 1562, Jean de Coras avait été condamné par le Parlement à la confiscation de ses biens, à la privation de sa charge et à la proscription avec 29 autres magistrats, mais il avait bénéficié des clauses de l'Édit de pacification de Saint-Germain-en-Laye (8 août 1570) restituant leurs charges et leurs biens aux réformés. Ordonnée par le Parlement le 17 mai 1566, une procession annuelle à laquelle il participe en corps, commémorera désormais la « délivrance » de la ville en 1562 ; bien que prohibée par le roi, elle sera pourtant maintenue jusqu'en 1791. Au lendemain de l'assassinat du duc de Guise, chef de la Ligue (10 février 1589), le premier président Jean-Etienne

hostile aussi bien à Luther qu'à « la secte Calvinienne, qui a infecté, empoisonné, & embrasé toute la France »<sup>145</sup>, La Roche-Flavin, illustrant ici la morale de la Contre-Réforme<sup>146</sup>, se félicite donc que, dans les Parlements, les protestants ne « soient receuz comme en cette ville, s'ils [ne] se sont recogneuz, ont abiuré leur heresie, se sont reduicts & remis à l'union, & au giron de l'Eglise ». Il faut de plus, à l'exemple de la papauté et de l'Eglise de France qui ont « trassé le chemin » en imposant « une demi-decime pour l'entretien des Ministres reduicts », savoir « caresser » les huguenots convertis « par toutes sortes de faveurs, bienveillance, communication & participation aux charges & dignitez publiques & reception ausdits Offices de Conseillers, & autre Magistrature, pour inviter les autres à se reduire comme eux ». Ce prosélytisme calculateur, il n'en doute pas, ne peut que produire d'heureux effets. Pour preuve, « ce que nous avons practiqué à l'endroit d'un de nos Advocats Generaux, l'ayant favorablement reçu en l'estat de Conseiller apres sa reduction, & depuis à l'estat d'Advocat General »<sup>147</sup>. Un autre cas, plus parlant encore, mais qu'il ne cite pas, réside en la personne de Philippe Canaye, sieur du Fresne, d'abord avocat puis conseiller protestant à la Chambre de l'Edit à Lisle en Albigeois, président de la Chambre de l'Edit de Castres de 1595 à 1602, conseiller au grand conseil le 29 juin 1601, qui se convertit au catholicisme après la controverse religieuse du 4 mai 1601 connue sous le nom de « conférence de Fontainebleau », et que le roi honore de sa confiance<sup>148</sup>. Sans doute La Roche-Flavin veut-il enfin ignorer que, notamment sous le règne de Henri IV, bien des religionnaires ont accompli de fort belles carrières sans pour autant abjurer. Tel ce Pierre Boucaud, d'abord procureur général à Toulouse<sup>149</sup>, puis avocat général à la Chambre de l'Edit de Castres (28 avril 1595-15 mars 1601),

---

Duranti et son beau-frère, le premier avocat général Jacques Daffis, catholiques mais esprits modérés, « politiques » se considérant comme dépositaires de l'autorité royale et donc fidèles à Henri III, sont lynchés par la foule. Trait significatif, le cadavre de Duranti est pendu à la grille de la place Saint-Georges, un portrait d'Henri III placardé dans le dos. Ph. WOLFF, *op. cit.*, p. 283-286 ; J. ESTEBE, *La saison des Saint-Barthélémy*, éd. Le Centurion, 1968 ; J. POUMARÈDE, notice « Coras (Corasius) Jean de » et « Dufaur (Faber) de Saint-Jory (de Saint-Jorri) Pierre », dans *Dictionnaire historique des juristes français....*, p. 202-203 et 269-270 ; J. KRYNEN, notice « Duranti Jean-Etienne », *ibid.*, p. 295 ; F. VINDRY, *op. cit.*, p. 139 et 142 (Jean-Etienne Duranti), p. 203-204 (Jean de Coras), p. 216 (Antoine de Lacger), p. 220 (François de Ferrières), p. 238 et 266 (Jacques Daffis).

<sup>145</sup> *Treize Livres....*, livre VI, chapitre II, p. 340-341.

<sup>146</sup> C. KAISER, « Les cours souveraines au XVI<sup>e</sup> siècle : morale et Contre-Réforme », dans *AESC*, janvier-février 1982.

<sup>147</sup> *Treize Livres....*, chapitre XIII, p. 348. L'emploi de la première personne du pluriel par La Roche-Flavin qui est en fonction depuis mai 1584 peut laisser penser qu'il s'agit de Pierre de Belloy. Né à Montauban vers 1540, élève de Cujas, puis régent à l'Université de Toulouse, ensuite avocat au Parlement, puis conseiller au présidial, présent à la journée des Barricades (1588), il est emprisonné par les Seize à la conciergerie puis à la Bastille dont il s'échappe. Avocat général à Béziers le 14 novembre 1594, il l'est ensuite à Toulouse. Il meurt en 1609. Farouche adversaire de la Ligue, il est l'auteur de nombreux pamphlets royalistes hostiles aux ultra catholiques. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 267-268.

<sup>148</sup> Philippe Canaye (1551-27 février 1610), avocat, conseiller à la Chambre de l'Edit de Lisle en Albigeois (juillet 1584-juillet 1585), il entre dans la maison du roi de Navarre qui l'envoie en Angleterre (1586), en Suisse (1588). Président de la Chambre de l'Edit de Castres (1595-1600), il entre au Grand Conseil (29 juin 1601). Henri IV l'envoie aussi en ambassade en Angleterre et en Allemagne (1589), au Danemark (1590), au Wurtemberg (1591), en Hesse (1593). Il est enfin ambassadeur permanent à Venise (octobre 1601-août 1607). F. VINDRY, *op. cit.*, p. 164-165.

<sup>149</sup> Nommé le 17 novembre 1586, reçu le 7 juillet 1587. F. VINDRY, *op. cit.*, p. 269.



premier président de la Cour des Aides de Montpellier (17 décembre 1604-25 juillet 1628), conseiller d'Etat (le 28 décembre 1606), enfin intendant de justice à Montpellier (15 mai 1625)<sup>150</sup>.

La question du judaïsme<sup>151</sup> ne donne, en revanche, pas même lieu à débat : « Autant & plus grandes inhibitions ont esté faictes par les Conciles par toute la Chrestienté, de recevoir ny admettre les Iuifs en aucune charge, office, ou dignité publique ». La caque sentant toujours le hareng, les convertis de fraîche date restent l'objet de la plus vive suspicion : « Si aucun Iuif abiuroit son Iudaïsme, & embrassoit le Christianisme, ie ne serois d'avis qu'on communiquast à un si nouveau Chretien, tout à coup et incontinent, les plus grandes & relevées charges, comme de Iudicature » : mais des petites comme concernant la police, & Consuls des Villes ». Ce qui se pratique déjà ici et là, par exemple à Bayonne et surtout à Bordeaux<sup>152</sup>, où la « nation portugaise »<sup>153</sup> bénéficie d'un statut protecteur accordé par les rois de France. Une atténuation cependant, tout aussi intéressée que pour les protestants : « Pour les enfans estant bien nourris & instruits au Christianisme, sans avoir eu cognoissance du Iudaïsme, je ne serois d'avis qu'on les distinguast des anciens Chrestiens, pour la promotion de toutes charges indifferemment, afin d'occasionner les autres Iuifs à se faire Chrestiens ». Et encore « non tous ». Car, discours intemporel, il faut assurer la survie d'une minorité juive « pour servir de tesmoignage à la vérité de l'histoire de la Passion de notre Redempteur, contre les calomnies des Atheistes : qui est la seule raison pour laquelle le Pape & l'Eglise les tollèrent en la Chrestienté, ne pouvant que reprouver & condamner, apres infinis arrests, les invectives, & libelles diffamatoires, qu'en Provence, Avignon, & Bas Languedoc<sup>154</sup>, se font contre les Chrestiens yssus des Iuifs Christianisez, qu'il appellent Marranes, & Retailhats »<sup>155</sup>.

« Beauté du corps & du visage »<sup>156</sup>, mais sans artifice, « prud'homme, probité, intégrité de conscience, [...] pureté des mains »<sup>157</sup> doivent donc caractériser le juge souverain. Pas trop riche mais pas trop « pauvre, ni souffreteux », il lui faut se montrer bon juriste<sup>158</sup>, frotté d'histoire<sup>159</sup> tout en gardant ses distances tant à l'égard de

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 269-270. Sur les conseillers protestants de la Chambre de l'Edit de Castres, dont l'un, Fulcran de Vignolles, est assassiné en 1591 (*ibid.*, p. 208-209, 249-251, 258-259). Arnaud de Cavaigne, conseiller clerc à Toulouse (1553) puis maître des requêtes au Parlement de Paris est pendu comme huguenot et rebelle le 27 octobre 157 ( *ibid.*, p. 192).

<sup>151</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XIII (erreur d'impression ; il s'agit du chapitre XIV), p. 349.

<sup>152</sup> G. NANON, *Juifs et judaïsme à Bordeaux*, Bordeaux, Mollat éd., 1997.

<sup>153</sup> Une partie des juifs séfarades expulsés d'Espagne en 1492 avait trouvé asile au Portugal d'où ils furent chassés en 1496.

<sup>154</sup> Les « Juifs du Pape » y étaient nombreux depuis le Moyen Âge.

<sup>155</sup> « Retailhats » : « retailés », par référence à la taxe spécifique à laquelle ils sont soumis.

<sup>156</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXV, p. 355.

<sup>157</sup> *Ibid.*, chapitre III, § VI, p. 343.

<sup>158</sup> *Ibid.*, chapitre XXI, § II, p. 365 : « A cause de quoy nos futurs Magistrats faisoient mieux d'employer leur temps à l'estude, & lecture de nos Iurisconsultes, & Docteurs analitiques du Droit, qui sont les Decisionnaires de nostre Droit François, ou Romain observé en France... ». La Roche-Flavin ne manque pas de citer les noms de plusieurs impétrants ayant subi un, voire plusieurs échecs en raison de leur

l'humanisme juridique<sup>160</sup> que de la théologie<sup>161</sup>, sources des récents affrontements religieux ; agréable orateur, mais sans affectation, ni excès<sup>162</sup> ; parfait latiniste, mais pas nécessairement helléniste, le grec étant inutile au Palais<sup>163</sup> ; versé enfin en science politique dont La Roche-Flavin, qui achève la rédaction d'un traité consacré à cette matière<sup>164</sup>, fait l'apologie<sup>165</sup>, mais méfiant vis-à-vis des philosophes<sup>166</sup>

---

« trop grande ignorance » et cela en dépit de la coutume consistant à « traicter & proceder plus doucement & favorablement [...] fils ou beau fils des Presidens & Conseillers, en contemplation de leurs longs services faicts au Roy & au public, par eux ou leurs predecesseurs, souvent de plusieurs generations... » (*Ibid.*, chapitre XLVI, § III, p. 379-380).

<sup>159</sup> *Ibid.*, chapitre XLIV, p. 378.

<sup>160</sup> *Ibid.*, chapitre XXVIII, § XXIX, p. 362 (voir, *supra*, notes 123 et 124). Sur cette question, A. ADAM, *Histoire de la littérature française au XVIIe siècle*, t. 1 : *L'époque d'Henri IV et de Louis XIII*, Paris, Domat, 1962 ; J. ROHON, *Le XVIIe siècle, une révolution de la condition humaine*, Paris, Le Seuil, 2002.

<sup>161</sup> *Treze Livres...*, livre VI, chapitre XXVIII « Des examens », p. 357-363. « Par ce qu'il y a plusieurs matieres, & tiltres en droict, mesmes au premier livre du Code, parlant des mystères de la foy, & des choses sacrées, religieuses, divines, & Ecclésiastiques [...], il sembleroit que les pourvus d'estats deussent estre versez en la Theologie Scholastique. A quoy il est repondu n'en estre besoing, pourveu que d'ailleurs ils soient bien versez au droict Civil & Canon, & mesme sur le Decret, auquel est contenu un abregé, & sommaire de la Bible, livres des Saints Peres, & Conciles, sauf du Concile de Trente, & autres Conciles depuis la composition du Decret, plusque suffisant, avec les gloses de l'un & de l'autre droict, pour l'intelligence, & l'interpretation de telles matieres. Pour lesquelles quand elles se présentent, & sur les ouvertures des Decretales, la Cour a accoutumé se contenter d'un mediocre discours ». *Ibid.*, chapitre XXXI, § I, p. 364-365.

<sup>162</sup> *Ibid.*, chapitre XXIX, p. 363. Il est bon que le magistrat « tant à recevoir, questant receu » se livre à la lecture des orateurs de l'Antiquité « pour s'en servir aux occurrences, & deliberations qui se prennent les Chambres assemblées, sur la publication, & veriction des Edicts, & lettres patentes du Roy, & autres affaires concernans l'estat general de la France, ou de la Province, qui se traictent là, et en la grand Chambre ; combien que [...] à Rome on fut contraint abattre la tribune, ou chaire aux harangues, pour les tumultes, & seditions populaires, que les Orateurs excitoient. Comme en France avons esté contrainsts interdire la predication à certains seditieux, & turbulans Predicateurs, durant nos guerres civiles ». Voir aussi le chapitre XXXVIII, p. 375 « Or bien que l'éloquence ne soit autre chose qu'un desguisement de le verité, & un artifice de faire trouver bon, ce qui est mauvais ; & droit ce qui est tort ou bossu... ».

<sup>163</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIV, p. 368-369. Outres de savoureux passages sur le pédantisme de « quelques uns à l'assemblée des Chambres, & à la prononciation des arrests Genearux, & encore parmy les Advocats au barreau, & par leur contagion aux Advocats Generaux en leur plaidoyeries », il suffit de rappeler que « les vrayes sources du droict Romain sont en nos Pandectes, Institutes & Code ». Et, à ceux qui font valoir que les « Nouvelles institutions de Iustinian [...] originellement sont Grecques pour avoir esté faite en Grece, ou Constantinople », on objectera aisément « qu'elles ont été traduites [en latin], & la traduction revüe, amendée, corrigée & commentée par des personnages des plus doctes ». Si bien « que ce seroit une pure folie de doubter de leur version ».

<sup>164</sup> *Ibid.*, chapitre XLV, p. 378 : « [...] de laquelle il y a quarante ans, que nous y employons tout le temps, que nous reste des fonctions publiques, comme il se verra bien tost, en ayant desia recueilli trente centuries Politiques en trois iustes volumes ». Selon J. KRYNEN, « A propos des *Treze livres des Parlemens de France* », dans J. POUMAREDE et J. THOMAS (dir.), *op. cit.*, p. 694, n. 20, « la condamnation des *Treze livres...* assortie de l'interdiction de publier à l'avenir, pourraient expliquer la disparition des Centuries politiques ».

<sup>165</sup> *Treze Livres...*, chapitre XLV, p. 378. Elle est « utile, voire necessaire à tous les Magistrats, comme estant la principale regle & conduite de toutes actions humaines, mere de discipline, maistresse des mœurs, és champs, & és villes, utile par mer & par terre, utile en guerre & en paix : qui guide les Magistrats ; conduit les Roys & Princes ; reigle les Estats & Empires ; entretient les inferieurs avec les superieurs ; retient en concorde mutuelle, conversation amiable, & seureté tranquille, les assemblées

« contemplatifs » qui « ont amplement traité & écrit des vertus & bonnes mœurs [...] sans avoir oncques exercé aucune Magistrature »<sup>167</sup>. Car, si les juges souverains doivent aussi et nécessairement bénéficier de « la beauté de l'esprit », il ne faut cependant pas, conclut-il en paraphrasant Thucydide, « qu'on choisisse aux Conseils des Princes, ny en la conduite des affaires, ces esprits trop transcendans & trop relevés, mais médiocres, qui sont les moins opiniastres »<sup>168</sup>. Médiocrité. Le mot est de nouveau lâché. Est bon magistrat qui ne présente ni d'excessives, ni d'insuffisantes vertus.

Bernard de La Roche-Flavin brosse donc longuement le portrait idéal du magistrat souverain de son temps. Ce faisant, sa propre image s'impose-t-elle à ses yeux bienveillants ? Se veut-il à la fois peintre et modèle ? Il est en tout cas bien connu, à commencer par ses pairs qui en font souvent les frais, pour son intraitable esprit critique à l'égard de toute forme d'excès. L'ambiance dans laquelle il fut éduqué, ses liens familiaux aussi n'y sont sans doute pas étrangers. Son père, Etienne, entretenait en effet des relations avec des disciples de Jean Duvergier de Hauranne qui, ami de Jansenius, introduisit ses thèses en France<sup>169</sup>, tandis que sa femme, Alix de Begon, était tante de Blaise Pascal. Autant d'éléments qui permettent de déceler en lui un pré-janséniste rigoriste, ne concevant la justice que confiée à celui qui, « établi pour reprendre, & juger les autres », doit en tous domaines « estre quasi

---

humaines ; qui est le fondement du repos public, l'ame, ordre, conseil, vigueur des Republicques ; qui doit estre apprinse, pratiquée en tous lieux, & par toutes personnes, pour dresser des regles, maximes, & observations des choses plus rares et utiles... »

<sup>166</sup> *Ibid.*, chapitre XXIX, p. 363. « [...] Ce n'est en ceste vaine Philosophie de Platon, ni en la Philosophie d'Aristote : ains en la vraye Philosophie, qui consiste en la distribution de la justice, & en l'administration de la Republique, enseignée & contenue es livres de la jurisprudence Romaine, & Françoisse, dans les Ordonnances Royaux, & arrests de consequence des Parlemens, qu'il faut que le Conseillier, & Magistrat, avant & apres sa reception s'adonne » (*Ibid.*, § VIII, p. 367). Renvoyant au néoplatonicien Porphyre de Tyr « qui valoit encore moins que les autres » et à Aristophane : Socrate était « un voluptueux, & luxurieux, ayant espousé deux femmes, cholere, voire furieux, ingrat & desobeissant à son père, qui estoit un marbreur ; & de plus [...] il s'est prostitué à Archilaus disciple d'Anaxagoras [...], athée, fol, & insensé, ou estourdi » ; Platon était « fort cholere, & babillard [...], & qui pis est, *quod iuvenes nudos, in palestra cum voluptate spectaret* [...] à cause de quoy il fut contraint par Denis le Tiran de se vendre luy mesme pour esclave... » (*Ibid.*, chapitre XXXIII, § III, p. 366).

<sup>167</sup> *Ibid.*, chapitre XXXIII, § I, p. 364 ; *ibid.*, § II, p. 365 : « Et pour les jugemens des procez, quelle raison peut il y avoir de laisser les textes exprés du droict, & les pures decisions de nos Docteurs, pour alleguer en un barreau un traict, ou sentence d'un S. Augustin, S. Bernard, & autres ? Lesquels pour avoir esté mis en religion, & en cloistres des leur jeune aage, sans avoir encores cognoissances des affaires du monde ; ou estant aagez s'ennuyant d'estre parmy le monde [...] & oubliant, & quittant le monde se sont rendus dans les Monasteres, pour n'en sortir, que pour prescher, estans en consequence du tout incapable des procez, contentions, & controverses des hommes ; & toutes-fois on les veut faire luges de *controversiis juris*, & des fraudes, faucetés, & tromperie des hommes... ».

<sup>168</sup> *Ibid.*, chapitre XXV, p. 355.

<sup>169</sup> C. MAIRE, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation, le jansénisme au XVIIIe siècle*, Coll. Bibliothèque des histoires, Gallimard, 1998 ; F. HILDESHEIMER, *Le jansénisme en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Publisud, 1991 ; H. MOREL, *L'idée gallicane au temps des guerres de religion*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 ; H. JAUDON, *Port-Royal à Toulouse ou le jansénisme au Parlement*, Toulouse, Lagarde et Sébille, 1900 ; A. AUGUSTE, *Les origines du jansénisme dans le diocèse de Toulouse*, Paris, A. Picaud, 1922 ; A. DEGERT, « Le jansénisme au Parlement de Toulouse », *Bulletin de littérature ecclésiastique*, t. XXV, 1924, p. 250-254 et 338-352.

irreprehensible »<sup>170</sup>. Quoi qu'il en soit, au lecteur de La Roche-Flavin, et par-delà les siècles, s'impose l'écho d'Adalbéron de Laon idéalisant le gouvernant du XI<sup>e</sup> siècle : à la *virtus corporis*, doit s'ajouter, plus décisive, la *virtus animae*<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> *Treze Livres...*, chapitre III, § I, p. 341. Il est cependant « aussi difficile de trouver un Magistrat parfait, comme de voir une Republique, un Roy, un Orateur, un Capitaine, un Courtisan, un Ambassadeur, avec toutes les qualités... ». *Ibid.*, livre VIII, chapitre LXXXIL, p. 549.

<sup>171</sup> *Poème au roi Robert*, C. CAROZZI, éd. et trad., Paris, 1979.

---

## La représentation de la justice dans les contes de Madame d'Aulnoy

Marine VIGNERON

Marie Catherine d'Aulnoy a toujours usé de sa plume littéraire pour rendre compte de la société de son temps. Son œuvre riche et abondante décrit tantôt une noblesse au service du roi, tantôt une justice dégradée par le manque d'indulgence des juges royaux. Par ses contes de fées, la baronne critique la pratique judiciaire sans jamais contester la monarchie traditionnelle<sup>1</sup>. Son premier ouvrage est publié en 1690 et s'intitule symboliquement « L'Ile de la Félicité ». Il relate sans surprise l'histoire d'un noble prénommé Hypolite, dit Comte de Douglas. C'est peut-être cette écriture visant l'aristocratie française qui a gêné la reconnaissance contemporaine de l'œuvre de la baronne. Il est d'ailleurs d'usage de considérer Charles Perrault comme le père du genre<sup>2</sup> et ce malgré le succès de l'œuvre de Madame D'Aulnoy.

A l'origine, Madame d'Aulnoy est une femme du monde, une intellectuelle. Elle se fait connaître par ses contemporains du fait de sa vie privée scandaleuse. On sait aujourd'hui que Marie Catherine Le Jumel de Barneville est née en 1650 ou en 1651, dans une famille normande qui appartient à la vieille noblesse de robe. Son père meurt prématurément et sa mère, la marquise de Gudane, nièce du premier écuyer, la marie alors qu'elle a 15 ans. Son époux, François de la Motte, homme de basse extraction mais fort riche devient le baron d'Aulnoy après avoir acheté la baronnie du même nom. En 1690, elle arrive à Paris et publie deux ouvrages pieux, *Les Sentiments d'une Ame qui retourne à Dieu, sur le Pseaume 102 : Benedic anima mea Domino* et *Les Sentiments d'une Ame pénitente, sur le Pseaume 50 : Miserere mei Deus*<sup>3</sup>. Dès la parution de *L'Histoire d'Hypolite*, Madame d'Aulnoy connaît les joies de la célébrité et fréquente le salon de Madame Lambert où se retrouvent d'autres conteuses. Elle tient elle-même salon, rue Saint-Benoît, fréquenté par Saint-Evremont, Madame Deshoulières, Madame Dunoyer,

139

---

<sup>1</sup> Il faut signaler l'existence du courant contemporain d'histoire du droit « Droit et Littérature ». Voir ici, J-L HALPERIN, « Introduction », in *Droit et littérature : quels apports pour l'histoire du droit*, Revue ClioThémis, Revue électronique d'histoire du droit, Numéro 7 : « Le mouvement désigné sous l'expression « Droit et Littérature » a ses origines aux Etats-Unis dès la première moitié du XXe siècle dans certains des travaux de Wigmore et de Cardozo. Avec le premier de ses auteurs a été initiée la recherche « Law in Littérature » qui s'intéresse aux témoignages sur le droit contenus dans la littérature, notamment dans les romans ».

<sup>2</sup> J. Mainil, *Madame d'Aulnoy et le rire des fées : essai sur la subversion féerique et le merveilleux comique sous l'ancien régime*, Kimé, 2001, p. 40. Madame d'Aulnoy compte en 1696 pas moins de seize contes en prose à son actif là où Charles Perrault n'en publia que huit. Voir aussi,

<sup>3</sup> N. Jasmin, *Naissance du conte féminin, Mots et merveilles : Les Contes de fées de Madame d'Aulnoy*, Honoré Champion, 2002, p. 10.

la princesse Conti, Madame Murat. Riche de ses relations mondaines, Madame d'Aulnoy connaît aussi les mérites académiques. En 1698, elle est élue membre de l'Académie des Ricovrati de Padoue dans laquelle elle est appelée « Clio » ou encore « l'Eloquente ». Sa vie s'achève le 12 ou 13 janvier 1705 à Paris.

Elle aura consacré sa vie durant à la peinture des cours européennes royales<sup>4</sup>. Si Madame se consacre au conte, c'est qu'au siècle des Lumières, il est une des rares productions littéraires à être diffusée largement, lue par une grande majorité de la population, lettrés ou analphabètes, urbaine ou rurale, aristocratique, bourgeoise ou paysanne, même si on ne peut ici vérifier l'influence populaire réelle des contes de Madame d'Aulnoy. Pour sûr, ils contribuent à la littérature dite de colportage et bibliothèques bleues qui traversent la France de part en part. Jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, les contes d'Aulnoy profitent donc de nombreuses rééditions sur le marché national. Contrairement aux contes de Perrault, ceux de la baronne ne connaîtront pas de réédition intégrale avant 1785<sup>5</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, son œuvre est reléguée dans des collections réservées aux enfants. La destination originale est rétablie par Slatkine en 1974 dans sa reproduction du *Cabinet des Fées* de 1785-1789. En 1978, l'édition Garnier mélange même quinze contes de Madame d'Aulnoy à ceux d'autres auteurs du XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. Les éditions Picquier Poche rééditent à leur tour et ce depuis 1988 une partie de la collection du *Cabinet des fées* qui occupe les trois volumes du premier tome. Ces rééditions ne sont pas neutres et brouillent le but initial de l'œuvre. La plupart ne précisent pas la structure de la production originale. En effet, les contes sont enchâssés dans des récits<sup>6</sup>. Il faut attendre une édition critique des *Contes de fées* contemporaine de Philippe Hourcade en 1997 pour bénéficier d'une image fidèle du texte ancien<sup>7</sup>. L'ouvrage de Jean Mainil, *Madame d'Aulnoy et le rire des fées, essai sur la subversion féérique et le merveilleux comique sous l'ancien régime* (2001) met quant à lui l'accent sur le contexte historique de l'œuvre. Il démontre comment la féerie de Versailles contamine les récits afin que les courtisans échappent à la morosité de la fin du siècle<sup>8</sup>. Il souligne l'ironie de la conteuse qui prend dans sa plume ses distances face aux contes oraux. En 2002, Nadine Jasmin poursuit le cycle de commentaire de cet œuvre en publiant *Naissance du conte féminin, Mots et merveilles : Les Contes de fées de Madame d'Aulnoy*. Elle révèle la dimension socioculturelle des publications. Le conte se présente comme une « forme littéraire étroitement datable, identifiable, mieux, estampillée Grand Siècle »<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Madame d'Aulnoy, *Mémoires de la cour d'Espagne*, 1690, Paris Barbin.  
*Mémoires de la cour d'Angleterre*, 1695, Paris Barbin.

<sup>5</sup> Cette édition fait l'objet des volumes 2 à 4 des 41 volumes du *Cabinet des fées* du chevalier de Meyer, dont la parution s'étale de 1785 à 1788.

<sup>6</sup> Ces récits nous renseignent sur le contexte de narration des contes. L'un d'eux nous décrit un groupe de courtisans se promenant dans les jardins de Versailles. Pour se divertir, ils demandent à l'une de leurs amies de leur narrer des contes de fées.

<sup>7</sup> A. Defrance, *Les contes de fées et les nouvelles de Madame d'Aulnoy (1690-1698), l'imaginaire féminin à rebours de la tradition*, Librairie DROZ, 1998, p. 15-16.

<sup>8</sup> J. Mainil, *op.cit.*, p. 55.

<sup>9</sup> N. Jasmin, *op.cit.*, p. 203.

Les ouvrages de Madame d'Aulnoy ont en effet été écrits à la fin du règne de Louis XIV. À première vue, ces récits merveilleux sont purement fictifs mais ils prennent en réalité inspiration dans les spécificités politiques du règne de Louis XIV. Les contes réinterprètent donc des faits réels notamment des faits de guerre, les conflits armés déclenchés par Louis XIV, mais aussi des actes souverains. Les décors des contes confirment clairement que l'intrigue se situe dans la cour du roi, allusions faites aux décors du château de Versailles. Dans cet univers, on ne saurait omettre la supériorité exprimée par la baronne de la noblesse de sang vis-à-vis de la noblesse de robe et de la bourgeoisie<sup>10</sup>. Le conte du «Nouveau Gentilhomme Bourgeois»<sup>11</sup> en fait la preuve. Les personnages du tiers état trouvent également leur place dans les récits de la conteuse mais toujours au service de la noblesse. Sur les vingt-cinq contes écrits par Madame d'Aulnoy, seuls six décrivent des actes de justice surtout criminelle : à savoir des condamnations à mort, des décisions d'emprisonnement royales et un procès pour viol. Malgré sa faible importance en termes de volume, la représentation de la justice nous renseigne sur les évolutions de la législation. Les ordonnances civiles et criminelles de 1667 et 1670 inaugurent à l'époque un nouveau droit complété par des institutions comme la lieutenance générale de police. La conteuse se sert également de ces récits pour adresser quelques critiques au roi. À une époque où la flatterie envers le monarque est la règle, Madame d'Aulnoy n'hésite pas à égratigner l'image du pouvoir royal en le représentant perpétuellement menacé et en décrivant la cruauté dont peuvent user le souverain.

Il n'est pas anodin de constater que dans les *Contes* de Perrault, écrits à la même époque, on ne trouve aucune analyse critique de la justice. Perrault semble privilégier le simple divertissement, permettant au lecteur de s'évader vers des lieux féériques. Au contraire, Madame d'Aulnoy semble vouloir un lecteur avisé ; ses histoires ne sont ni plates, ni caricaturales. Sans tomber dans l'idéalisme ou la candeur du conte philosophique, Madame d'Aulnoy propose un genre réaliste. Pour ce faire, elle met en scène des personnages de rangs existants, dans des châteaux qui ressemblent à s'y méprendre à celui de Versailles. Dans cette perspective, elle met particulièrement l'accent sur les actes de la justice royale, leur sens et leur division difficile. Il faut d'abord constater qu'une grande majorité des propos font référence à la justice dite « retenue » considérée comme mal appliquée par le roi. Seuls de rares récits font référence à la justice dite « déléguée »<sup>12</sup>. Cette dernière se présente tantôt comme soumise au prince, tantôt comme irrévérencieuse à l'égard de sa majesté.

<sup>10</sup> M. Vigneron, *Les contes de fées de Madame d'Aulnoy, vers une image du pouvoir royal et de la société au XVII<sup>e</sup> siècle*, mémoire de Master 2, Mention Histoire du droit et des institutions, CTHDIP, sous la direction du professeur Madame Mengès Le Pape, 2013, p. 85-91.

<sup>11</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Honoré Champion, 2008, p. 161.

<sup>12</sup> Voir à propos de cette notion l'ouvrage de J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, p. 67.

## I - L'image du roi juge

Dans les contes de fées de Madame d'Aulnoy, la justice est une prérogative éminemment royale qui permet au roi d'affirmer son pouvoir, parfois de manière arbitraire.

### A- La justice, une prérogative royale

Les contes de Madame d'Aulnoy reprennent le principe du roi source de toute justice. Ils rappellent cependant le sens de la justice du roi qui doit s'adresser à ces sujets. Le roi en assure la bonne application. La police vient renforcer l'ordre que doit assurer le roi.

Dès le XIV<sup>e</sup> siècle, les juristes, imprégnés des principes tirés du Code Justinien, répètent que « toute justice émane du roi », ou que le « roi est source de toute justice ». Le roi fait figure de justicier et parmi les insignes royaux remis au monarque après l'onction et le couronnement, se trouve la main de justice. « Précieuse et pure comme l'ivoire dans laquelle elle est sculptée, la main de justice est toujours présente dans l'iconographie royale, insistant rappel du devoir de justice qui incombe au souverain. »<sup>13</sup> La justice est l'objet essentiel du serment du sacre et de nombreux textes législatifs font référence au roi en tant que « débiteur » ou « redevable de justice » envers ses peuples.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, Jean de Mille explique à François I<sup>er</sup> : « L'institution royale n'a eu d'autre fondement que d'établir un homme surpassant tous les autres par ses vertus, près de qui puisse trouver asile le pauvre peuple écrasé par les puissants, un homme qui garde les humbles de toute injustice et qui, ayant posé l'équité pour règle, contienne grands et petits dans les bornes d'un même droit. »<sup>14</sup>

En 1560, devant les Etats généraux réunis à Orléans, le chancelier Michel de l'Hôpital explique : « Les rois ont été élus premièrement pour faire la justice, et n'est acte tant royal faire la guerre que faire la justice... Aussi dedans le sceau de France n'est pas empreinte la figure du roi armé et à cheval comme en d'autres parties (= pays), mais siégeant en son trône royal et faisant la justice. »<sup>15</sup> L'image du roi qui se doit de rendre la justice est illustrée par l'anecdote que l'on rapporte d'un fait qui se serait déroulé durant le règne de Philippe Auguste. Ce dernier aurait déclaré à une femme lui réclamant la justice qu'il n'avait pas le temps de l'écouter et elle aurait répliqué « ne sois donc [pas] roi ! ». La justice est donc une prérogative éminemment royale. L'imagerie populaire garde en tête l'image de Saint Louis comme l'exemple type du roi justicier. Cette image est véhiculée par Joinville dans son *Histoire de Saint Louis* qui rapporte : « Maintes fois il advint qu'en été le roi allât s'asseoir au bois de Vincennes après la messe, et il s'adossait à un chêne et nous faisait asseoir autour de

---

<sup>13</sup> A. Lebigre, *La justice du roi*, Paris, 1988, p. 28

<sup>14</sup> Praxis criminalis persequendi, 1541, cité par J-M Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3<sup>e</sup> édition mise à jour, PUF, 2000, p. 151.

<sup>15</sup> J-M Carbasse, *ibid.*, p. 151-152



lui. Et tous ceux qui avaient une affaire venaient lui parler, sans être empêchés par huissier ou autres. Alors il leur demandait de sa bouche : Y a-t-il ici quelqu'un qui ait un litige ? Et se levaient ceux qui en avaient... ». On raconte aussi qu'il arrivait à Louis XIV de se rendre à l'auditoire du prévôt de son hôtel et de prononcer lui-même la sentence. La plupart du temps, le roi recevait des « placets », des requêtes écrites remises directement au roi par ses sujets. Louis XIV voyait dans ces requêtes un moyen d'être informé des abus commis par ses agents.

De manière exceptionnelle, il est arrivé qu'un roi condamne une personne sans aucune forme de procès. C'est le cas de Jean le Bon qui condamna à mort le comte de Guînes en 1350, ou d'Henri III qui fit subir le même châtiment au duc de Guise pour haute trahison en 1588.

Mais dans la majorité des cas, le roi ne décide pas seul de l'issue à donner à un procès ou à une requête. Saint Louis se prononçait après avoir entendu l'avis de deux éminents juristes, Pierre de Fontaines et Geoffroy de Villette ; et Louis XIV transmettait les affaires délicates à son Conseil d'Etat qui comportait un certain nombre de juristes.

Les contes de Madame d'Aulnoy reprennent cette image du roi source de toute justice. En effet, les décisions d'emprisonnement, de mise à mort dans les contes sont le fait du monarque. On peut citer le conte du « Rameau d'Or » dans lequel le souverain fait emprisonner son fils qui refuse de lui obéir. On peut également citer le conte de « La Bonne Petite Souris » qui décrit un roi qui exécute lui-même les criminels ; ou encore le conte de « La Belle aux cheveux d'or » qui décrit un roi emprisonnant l'ami qui lui a déplu par ses propos.

Dans les contes de Madame d'Aulnoy, le souverain ne se soucie pas de rendre la justice pour l'ensemble de son peuple. Seuls les Grands du royaume sont confrontés à la justice. Il n'est fait aucune mention d'un procès qui intéresserait un membre du tiers état. En cela, les récits de la conteuse s'éloignent de la pratique judiciaire telle qu'elle est exercée au XVII<sup>e</sup> siècle.

En effet, on constate un souci de rendre la justice accessible au peuple par la politique menée à l'époque de l'écriture des contes par Louis XIV et son ministre Colbert pour qui la justice constitue « la plus importante affaire qu'il y ait à examiner »<sup>16</sup>. Le pouvoir royal commença par des mesures spectaculaires en envoyant des « Grands Jours » dans des régions montagneuses où les difficultés de circulation rendaient difficile l'action des juges ordinaires. Les « Grands Jours » étaient des commissions extraordinaires de justice composées de parlementaires. Les officiers de tous les bailliages durent rendre compte de leur activité et certains furent poursuivis pour concussion, c'est-à-dire pour des malversations dans l'exercice d'une fonction publique, particulièrement dans le maniement des deniers publics.

On note également des efforts de la part du roi pour améliorer l'efficacité de la police. En effet, les criminels étaient rarement poursuivis, notamment pour les délits mineurs comme les vols d'objets sans grande valeur. Durant le règne de Louis XIV, on peut dire que l'insécurité règne dans le royaume. Les contes de Madame d'Aulnoy illustrent cette réalité par l'exemple de plusieurs princesses victimes de vol alors qu'elles se promènent en forêt. Dans le conte du « Prince Lutin », « en entrant dans une grande forêt il (le prince) entendit les cris plaintifs d'une jeune personne ; il ne

---

<sup>16</sup> M. Nassiet, *La France au XVII<sup>e</sup> siècle*, Belin sup, p. 159.

douta pas qu'on ne lui fit quelque violence »<sup>17</sup>. Il s'agit en fait d'une princesse attaquée par quatre voleurs. Dans « La princesse Belle Etoile et le prince Chéri », « en passant dans une forêt très dangereuse, [la reine] fut volée »<sup>18</sup>. L'insécurité des temps rejaillit à travers les contes et il semble très imprudent de s'aventurer seul en forêt, lieu de prédilection des brigands. La princesse ne doit son Salut qu'à l'aide du prince Mutin qui, rendu invisible, fait fuir les voleurs. La reine qui se fait détrousser n'a quant à elle plus que ses yeux pour pleurer. Les voleurs resteront impunis. Dans « La Chatte Blanche », le prince « admira cette magnificence et la sécurité avec laquelle on vivait dans le château »<sup>19</sup>. Il parle ici du château des fées et non de celui du roi ce qui induit un manque de sécurité dans ce dernier. Le prince se demande encore ce « qui empêche les voleurs de venir couper cette chaîne et d'arracher le escarboucles »<sup>20</sup>. Il semble penser que dans le royaume des humains, cette chaîne en or aurait depuis longtemps été volée par l'un des nombreux truands qui peuplent le royaume. Le roi ne peut donc pas faire régner la justice dans l'ensemble du royaume sans prendre des mesures visant à améliorer l'application de la justice par ceux auxquels il la délègue. Afin de mettre en ordre la législation pour que les juges puissent en faire une meilleure application, le roi et ses ministres vont élaborer deux ordonnances sur la procédure civile et la procédure criminelle en 1667 et 1670, ainsi que trois ordonnances sur les Eaux et forêts (1669), le commerce (1673) et la marine (1673). Colbert a voulu que chaque nouvelle ordonnance soit limitée à un seul sujet et soit une refonte des dispositions anciennes et nouvelles ce qui constitue une évolution importante dans la technique législative. Des codes clairs et concis viennent remplacer une législation foisonnante et souvent obscure.

Pour améliorer la capture des criminels et la poursuite des infractions, la police va jouer un rôle fondamental à partir de 1667, date à laquelle elle est distinguée de la justice<sup>21</sup>. En 1665, l'assassinat du lieutenant criminel du Châtelet, l'une des deux juridictions parisiennes, met en évidence l'insécurité qui règne dans la capitale. On s'avise que « les fonctions de justice et de police sont souvent incompatibles et d'une trop grande étendue pour être bien exercées par un seul officier dans Paris », comme l'exprime l'édit de création du lieutenant de police en 1667<sup>22</sup>. Qui plus est, Paris est une ville qui compte une très nombreuse population avec environ 480 000 personnes à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle. Le lieutenant de police eut à connaître du maintien de l'ordre (surveillance des marchés, des cabarets), de la sécurité (pavage, éclairage, lutte contre les incendies), de la salubrité (entretien des égouts et des fontaines), de la surveillance de l'imprimé (imprimeurs, libraires, colporteurs). Même si des progrès sont faits en

<sup>17</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des Fées*, tome I, « Le prince Lutin », Honoré Champion, p. 215.

<sup>18</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome III, « La princesse Belle Etoile et le prince Chéri », Honoré Champion, p. 370.

<sup>19</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome II, « La Chatte Blanche », Honoré Champion, p. 198.

<sup>20</sup> Madame d'Aulnoy, *Ibid.*

<sup>21</sup> Selon Katia Weidenfeld, les juristes de l'absolutisme royal visent ici les fonctions qui consistent à faire observer et exécuter les règlements nécessaires au bien public. K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif du XVI<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Economica, 2010, p.16 A propos de la distinction entre police et justice voir M. Stolleis, *Policey im Europa der Frühen Neuzeit*, Francfort, 1996, p. 97-161.

<sup>22</sup> Edit cité par Nassiet, *op.cit.*, p.160.

matière d'éclairage nocturne par l'installation de lanternes, porter sa propre source d'éclairage reste une nécessité si on ne veut pas être victime d'un crime commis à la faveur de l'obscurité. La charge de lieutenant général de police fut attribuée dans un premier temps à Nicolas de La Reynie en 1674. Il l'exerça avec efficacité jusqu'en 1697, date à laquelle il se retire. C'est le marquis d'Argenson qui lui succèdera.

En tant que monarque absolu, le roi est en charge de la justice à l'intérieur du royaume mais il ne peut pas exercer cette justice comme bon lui semble.

La monarchie absolue est limitée par le droit divin qui la fonde et la consolide. Pour Bossuet, évêque de Meaux, l'origine divine du pouvoir confère au roi un caractère sacré. Le roi est l'oint du Seigneur, le représentant de Dieu sur terre. Par conséquent, il est censé imiter la bonté et la justice de Dieu. Le roi est tenu de respecter les lois immuables (total des lois divines et des lois naturelles). La loi naturelle rend l'homme capable de raison, de justice et d'équité. Le monarque ne peut pas légiférer selon son bon vouloir, il doit le faire conformément à la raison et à la justice.

Ce n'est pas vraiment le cas dans les contes de Madame d'Aulnoy où le roi n'hésite pas à rendre la justice lui-même en fonction de son bon plaisir.

## **B - La justice, expression de l'arbitraire royal**

Dans les contes de Madame d'Aulnoy, le récit de justice est l'occasion d'illustrer l'arbitraire royal et l'exercice tyrannique du pouvoir. A l'époque de l'écriture des contes, le pouvoir est détenu par Louis XIV, sous forme de monarchie absolue. Il existe parfois une confusion entre la notion de monarchie absolue et celles de despotisme<sup>23</sup> et de tyrannie. Mais ce sont des notions très différentes. En effet, le despotisme et la tyrannie sont le règne de la force et de l'arbitraire tandis que l'absolutisme est légitimement fondé en droit et dûment réglementé. Le roi de France est contraint au respect des coutumes du royaume et des lois fondamentales. Il ne dispose pas de la Couronne et ne peut pas aliéner le domaine royal dont il n'est que l'usufruitier. La souveraineté du roi est limitée par celle de l'Etat. Le souverain n'est que l'incarnation physique de l'Etat, immatériel et immortel<sup>24</sup>.

Dans les contes de Madame d'Aulnoy, il arrive que le roi ne respecte pas les limites imposées à sa souveraineté et qu'il abuse de son pouvoir. Cet exercice arbitraire du pouvoir se retrouve dans la manière d'exercer la justice. La conteuse associe la manière de juger à la manière de gouverner des monarques. Un « mauvais » roi qui use de son pouvoir de façon tyrannique est toujours associé à une justice royale injuste et expéditive.

Le pouvoir royal dans « Le Rameau d'Or » repose sur la terreur et non sur le respect des sujets. « L'humeur austère et chagrine [du roi] inspirait plutôt de la crainte que de l'amour »<sup>25</sup>. Les pauvres sujets de ce cruel roi n'éprouvent envers lui aucun amour. Ils obéissent à ses lois par peur des représailles et non parce qu'ils estiment

---

<sup>23</sup> Le despotisme est une forme de gouvernement où l'autorité est exercée par un individu qui règne avec un pouvoir personnel, et de manière abusive au regard des lois. Le despotisme ne doit pas être confondu avec la tyrannie qui est un régime où seul l'intérêt du tyran compte. Le tyran se sert des sujets de façon abusive afin de satisfaire son propre intérêt, et non pour le bien commun.

<sup>24</sup> F. Bluche, *Dictionnaire du Grand Siècle*, article « monarchie absolue », p. 1046.

<sup>25</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des Fées*, Tome II, « Le Rameau d'Or », Honoré Champion, p. 293.

que toute loi qui émane du roi est une loi juste : « le roi Brun savait se faire obéir, si ce n'était par amour, c'était au moins par crainte »<sup>26</sup>.

Le roi se croit ici investi d'un pouvoir sans bornes et ne supporte pas le moindre obstacle à sa volonté toute puissante. L'autorité royale vire alors à l'autoritarisme et le souverain est prêt à faire appel à la force pour être obéi. Toujours dans le conte du « Rameau d'Or », le roi Brun se « mit dans une colère épouvantable » car il « n'était pas accoutumé à trouver la plus petite résistance »<sup>27</sup>. Pour forcer son fils à accepter le mariage avec la princesse Trognon, le souverain le fait enfermer dans une tour jusqu'à ce qu'il change d'avis. Les sujets du roi ne sont pas mieux traités que son fils. Ils sont eux aussi victimes de la nature vindicative et soupçonneuse du monarque qui fait régner l'injustice dans son royaume : « Il se laissait voir rarement et, sur les plus légers soupçons, il faisait mourir ses sujets »<sup>28</sup>. La figure du procès est totalement absente dans ce conte de Madame d'Aulnoy.

On peut faire un parallèle entre cette absence de procès et le procédé des lettres de cachet existant dans l'Ancien Régime. Les lettres de cachet désignent les ordres particuliers du roi expédiés par lettres closes (fermées par un cachet), par opposition aux lettres patentes qui contiennent des dispositions d'ordre général et doivent de ce fait être enregistrées en parlement. A l'époque de Louis XIV, les plus nombreuses sont celles qui ordonnent l'incarcération d'un individu indésirable au pouvoir dans une prison d'Etat, une maison de force ou un couvent. La formule de ces lettres, adressées au responsable du lieu de détention, était la suivante :

« De par le Roi. Cher et bien aimé, Nous vous mandons de recevoir en notre château de... (Ou : à l'hôpital de...) le nommé..., et de l'y garder jusqu'à nouvel ordre de notre part. Si n'y faites faute, car tel est notre plaisir. Donné à..., le..., Louis ». La signature du secrétaire d'Etat figurait au bas de la page.

146

A la fin de l'Ancien régime, les lettres de cachet se banalisent et ces formules sont imprimées. La lettre est désormais signée par un « secrétaire de la main » qui imite la signature royale. On trouve même des lettres de cachet « en blanc » qui portent la signature du roi mais qui n'indiquent pas le nom de la personne à incarcérer. Ces lettres sont confiées au lieutenant général de police ou à des intendants. Les lettres de cachet sont parfois des actes de justice politique ou des mesures de sûreté prises dans l'intérêt de l'Etat quand elles viennent sanctionner des complots contre la Couronne, l'espionnage pour le compte d'une puissance étrangère, les outrages au roi ou à ses proches. Elles servent notamment à régler rapidement des troubles à l'ordre public tels que des escroqueries, des duels, des malversations. Elles sont souvent perçues comme étant le symbole de l'arbitraire royal. Mais il faut limiter leur importance durant le règne de Louis XIV. Elles sont en grande majorité sollicitées par des particuliers pour des affaires familiales et sont plutôt bien perçues. Elles permettent d'éviter aux familles nobles le déshonneur attaché à la condamnation publique prononcée par une juridiction ordinaire. Le roi peut intervenir pour « interner un aliéné, suspendre des prodigalités ou les désordres d'un fils de famille,

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des Fées*, Tome II, « Le Rameau d'Or », Honoré Champion, p. 294.

<sup>28</sup> Ibid., p. 293.

rompre une liaison déshonorante »<sup>29</sup>. Avant d'émettre une lettre de cachet, l'administration procédait à une enquête pour vérifier que les motifs de l'incarcération étaient bien fondés.

On trouve l'exemple d'une manifestation de la justice dite « retenue »<sup>30</sup> dans le conte de « La Belle aux Cheveux d'Or ». Le roi décide d'emprisonner son ami sur les dires de courtisans jaloux qui rapportent au monarque qu'Avenant « prétend être plus beau que [lui] »<sup>31</sup>. Le roi « se met en colère en colère tant et tant qu'il était hors de lui : « Ha ! Ha ! Ce joli mignon se moque de mon malheur, et il se prise plus que moi ; allons, qu'on le mette dans ma grosse tour et qu'il y meure de faim »<sup>32</sup>. Le comique de répétition renvoie l'image d'un souverain ridicule, aussi capricieux qu'un enfant. Le roi ne prend même pas la peine de s'expliquer avec son ami et agit sur un coup de tête qu'il finit par regretter. Avenant sera emprisonné une seconde fois, à cause de la jalousie de l'orgueilleux souverain qui n'admet pas que la princesse soit tombée amoureuse d'Avenant et non de lui. On ne peut s'empêcher de faire un parallèle entre Avenant et Nicolas Fouquet, que certains historiens disent victime de la jalousie de Louis XIV. Nicolas Fouquet est en effet arrêté par ordre du roi le 5 septembre 1661. Assurant la fonction de surintendant des finances, Nicolas Fouquet avait fait construire un magnifique château à Vaux-le-Vicomte dans lequel il invite Louis XIV à assister à une somptueuse fête en août 1661. Le roi est « choqué de ce luxe qu'il jugeait réservé au seul monarque »<sup>33</sup>. Louis XIV constitue une chambre de justice<sup>34</sup> afin de juger le surintendant dont le crime est passible de mort. Les juges, convaincus par sa défense, choisissent plutôt de le condamner au bannissement. Louis XIV transforme la peine en détention perpétuelle à la forteresse de Pignerol où Fouquet resta jusqu'à sa mort. On peut donc dire que Nicolas Fouquet et Avenant sont tous deux victimes de la jalousie d'un roi qui ne supporte aucune rivalité.

Le conte de « La Princesse Carpillon » dresse lui aussi le portrait d'un roi irrespectueux des principes qui sous-tendent la monarchie absolue. Les divertissements du prince Bossu se résument à « faire quelques meurtres et à égorger indifféremment tous ceux qui lui déplaisent »<sup>35</sup>. On remarque que le roi n'est pas soumis à la justice et qu'il peut commettre des crimes en toute impunité.

Le roi du pays des Larmes, quant à lui, a une notion toute personnelle de la justice : « Pour lui plaire, il fallait tuer et assommer les passants, il pendait lui-même les criminels, il se réjouissait à leur faire du mal »<sup>36</sup>. Il est intéressant de constater que

---

<sup>29</sup> J-M Carbasse, *op.cit.*, p. 172.

<sup>30</sup> Pour avoir une vision globale de la question voir J. Krynen « Réflexions sur la justice retenue », in *Le Gouvernement des communautés politiques à la fin du Moyen Âge. Entre puissance et négociation...*, Paris, 2010, p. 523-531.

<sup>31</sup> *Madame d'Aulnoy, Contes des Fées*, Tome II, « La Belle aux Cheveux d'Or », Honoré Champion, p. 142.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>33</sup> L. Bély, *La France moderne (1498-1789)*, PUF, 1994, p. 370.

<sup>34</sup> Expression de la justice retenue, la chambre de justice est une commission provisoire et extraordinaire, librement composée par le roi pour juger des affaires délicates, le plus souvent dans le domaine financier.

<sup>35</sup> *Madame d'Aulnoy, Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome I, « La Princesse Carpillon », Honoré Champion, p. 78.

<sup>36</sup> *Madame d'Aulnoy, Contes des Fées*, Tome II, « La Bonne Petite Souris », Honoré Champion, p. 369.

dans ce cas, le roi est à la fois juge et bourreau. Il décide de la sentence et l'applique lui-même. Dans le conte de la « Belle aux Cheveux d'Or », le roi réserve un sort particulier aux Grands du royaume qui commettraient un crime. « L'eau qui était dans le cabinet du roi, servait à faire mourir les princes et les grands seigneurs, quand ils étaient criminels ; au lieu de leur couper la tête ou de les pendre, on leur frottait le visage de cette eau, ils s'endormaient et ne se réveillaient plus »<sup>37</sup>. Le roi use ainsi de sa capacité à rendre la justice pour éviter un procès et punir ces criminels appartenant à son entourage en toute discrétion.

Madame d'Aulnoy présente la figure de rois tyranniques au sein de ses récits qu'elle prend bien soin de ne pas associer à la figure de Louis XIV. Dans le conte de « La Princesse Rosette », après avoir décrit un souverain qui condamne à mort ceux qui ont osé voler son dîner, la conteuse adresse un éloge à Louis XIV à l'occasion de la morale du conte : « Apprenez qu'il est beau de pardonner l'offense / Après que l'on a su vaincre ses ennemis, / Et qu'on en peut tirer une juste vengeance ; / C'est ce que notre siècle admire dans LOUIS »<sup>38</sup>. Il s'agit naturellement de Louis XIV dont les qualités de clémence sont vantées ici.

On peut en effet remarquer qu'au XVII<sup>e</sup> siècle, les actes royaux pouvaient aussi être un instrument de clémence. L'ordonnance criminelle de 1670 prévoit dans son titre XVI que le roi peut intervenir dans le cours de la justice déléguée par les lettres de justice. Ces lettres d'abolition, de rémission, de pardon, de rappel de ban et de galères, de commutation de peine, de réhabilitation servent à atténuer les rigueurs de la justice déléguée. Selon l'ordonnance criminelle de 1670, les lettres de rémission sont réservées « aux homicides involontaires seulement, ou qui sont commis dans la nécessité d'une légitime défense de la vie. » Lorsqu'ils prononçaient la sentence, les juges ne pouvaient pas tenir compte des circonstances particulières de la commission du crime. En cas d'homicide, la peine prévue est la mort, les juges ne peuvent pas atténuer la sentence et ne peuvent pas excuser les homicides survenus par cas fortuit ou commis en état de légitime défense. Ce principe est formulé par l'adage : « Tout homme qui tue est digne de mort s'il n'a lettres du prince ». Dans la pratique, quand le cas était susceptible de rémission, le procès était suspendu pour permettre au prévenu de solliciter la clémence du roi. Ils pouvaient la solliciter eux-mêmes au nom de l'accusé. L'ordonnance de Villers-Cotterêts permet aux « petites chancelleries » établies auprès des parlements de délivrer des lettres de rémission « aux homicidaires qui auraient été contraints de faire des homicides pour la défense de leurs personnes, et dans les autres cas où ... les délinquants se peuvent et doivent retirer par-devant le souverain prince pour en avoir grâce »<sup>39</sup>.

A côté des lettres de rémission, le roi pouvait prendre des mesures de grâce comme les lettres d'abolition pour les cas passibles de la peine de mort, ou les lettres de pardons concernant d'autres cas. Ces lettres interviennent quand la rémission est impossible et ne peuvent être délivrées que par la grande chancellerie. Ces lettres d'abolition servent surtout à cacher des affaires politiques ou des faits commis par des justiciables de haut rang.

---

<sup>37</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des fées*, Tome I, « La Belle aux Cheveux d'Or », Honoré Champion, p. 155.

<sup>38</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des Fées*, Tome II, « La princesse Rosette », Honoré Champion, p. 292.

<sup>39</sup> Ordonnance de Villers-Cotterêts, 1539, citée par J-M Carbasse, *op.cit.*, p. 174.

Le roi usait très largement de la grâce. Un grand nombre de détenus étaient graciés au moment du sacre, de la naissance du dauphin, des mariages des enfants de France. On sait par exemple que lors du sacre de Louis XIV, près de 4 000 détenus ont été graciés.

En principe, les duellistes, les tueurs à gages, les coupables d'assassinats prémédités, ne peuvent bénéficier d'aucune abolition mais le roi peut toujours passer outre. Dans les affaires de malversations aux dépens du trésor royal, on constate que le roi pardonnait à ceux qui offraient un dédommagement suffisant. Cela prouve qu'en matière de justice le roi a toujours le dernier mot<sup>40</sup>.

Il est intéressant de constater que Madame d'Aulnoy a personnellement bénéficié de la clémence de Louis XIV. En effet, après avoir été condamnée à l'exil suite à la machination ourdie contre son époux et visant à le faire accuser de crime de lèse-majesté elle obtient une mesure de grâce de la part de Louis XIV qui lui permet de regagner la France pour « services rendus à la cour ». On pense qu'il s'agit en fait de missions d'espionnage qu'elle aurait effectué pour le compte du souverain lors de son exil en Espagne.

On remarque donc que les contes présentent l'image d'un roi juge qui utilise la justice pour asseoir sa domination sur son entourage et ses sujets. Mais cette image ne correspond pas à celle de Louis XIV, qui œuvre à réformer la justice grâce aux grandes ordonnances et servir les intérêts du justiciable.

## II – Le portrait des juges royaux

Dans les contes de Madame d'Aulnoy, les juges royaux oscillent entre soumission et rébellion face au roi. Les juges sont tantôt entièrement soumis au pouvoir royal tantôt en opposition avec ce dernier. Le conte de « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné » décrit un procès dans lequel les juges tiennent tête au roi. Ce conte sert également à la conteuse pour critiquer la figure du magistrat qui apparaît comme un homme ne se souciant pas de rendre la justice mais de restaurer son image.

### A- L'insoumission des juges royaux

Depuis la fin du Moyen Age, les juges sont considérés comme des concessionnaires de la justice du roi. Mais cette concession n'est pas une aliénation. Le roi peut décider de juger lui-même n'importe quelle affaire en la retenant devant lui, ou en la retirant aux juges normalement compétents pour l'évoquer à lui ou la confier à d'autres juges. Le roi est représenté dans la salle de justice par un trône placé dans un angle de la salle<sup>41</sup>. Lorsque le monarque se rend effectivement au Parlement, le pouvoir de juger lui revient.

---

<sup>40</sup> Il est intéressant de constater que Madame d'Aulnoy a personnellement bénéficié de la clémence de Louis XIV. En effet, après avoir été condamnée à l'exil suite à la machination ourdie contre son époux et visant à le faire accuser de crime de lèse-majesté elle obtient une mesure de grâce de la part de Louis XIV qui lui permet de regagner la France pour « services rendus à la cour ». On pense qu'il s'agit en fait de missions d'espionnage qu'elle aurait effectué pour le compte du souverain lors de son exil en Espagne.

<sup>41</sup> J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Tome I, Gallimard, 2009, p. 74.

Ainsi, dans le conte de « La Princesse Rosette » lorsqu' « il entra dans la salle de justice »<sup>42</sup>, le souverain écoute les accusés et décide de la sentence à appliquer. Il décide de pardonner à la princesse Rosette de lui avoir volé son dîner car il tombe amoureux d'elle. Pourtant les vols commis chez le roi sont sévèrement réprimés en raison de leur atteinte à la personne royale. D'après une déclaration du 15 janvier 1677, qui renouvelle une déclaration du 1er novembre 1530, les vols commis dans les résidences royales sont passibles de mort<sup>43</sup>. Mais ces dispositions sont rarement appliquées car de très nombreuses personnes affluent dans les résidences royales qui sont ouvertes au public. Louis XIV doit rappeler ces dispositions le 7 décembre 1682 ainsi que le 11 septembre 1706. La peine de mort doit s'appliquer aux délinquants primaires, « sans avoir égard à la valeur de ce qu'ils pourraient avoir volé ». Cependant, on constate que la jurisprudence réservait la peine de mort au vol d'effets appartenant au roi lui-même ou à sa maison. Si la victime du vol était un simple particulier en visite chez le roi, le voleur était envoyé aux galères.

Toujours dans le conte de « La Princesse Rosette », le roi, croyant avoir été victime d'un mensonge, veut tuer les frères de la princesse : « je vais vous donner des juges, qui feront bien vite votre procès ; l'on file déjà la corde dont je vous ferai pendre »<sup>44</sup>. Les deux frères ont le droit à un procès mais son issue est déterminée à l'avance par le monarque. Le roi a une mainmise totale sur la justice. Les juges ne sont que des faire-valoir qui exécutent les désirs du roi.

Ce contrôle de la justice par le roi ne reflète pas vraiment les relations existantes entre les juges et le souverain dans l'Ancien Régime. En principe, « le roi fait confiance à ses juges »<sup>45</sup>. Les ordonnances pénales prises par le monarque sont vagues sur la peine applicable et ne touchent qu'une petite partie du champ pénal. Les juges ont une grande latitude dans le choix des peines. Même si l'ordonnance fixe une sanction précise pour un certain délit, le roi tolère que les cours souveraines amoindrissent la peine au nom de l'équité. En revanche, face à un homicide, la seule peine possible est la mort. Seul le roi peut décider de gracier un individu ayant commis un homicide. Les juges ne peuvent pas non plus condamner à la peine de mort s'ils n'y sont pas autorisés par un texte précis ; seul le roi peut créer de nouvelles incriminations passibles de la peine capitale.

Dans le conte de « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », les juges disposent d'une certaine marge de manœuvre et optent pour la peine la plus lourde prévue en cas de viol. Il faut noter qu'au XVII<sup>e</sup> siècle, l'arbitraire est un principe de base de la justice pénale<sup>46</sup>. Il correspond au droit dont disposent les magistrats de choisir la sanction la plus adaptée au délit commis par l'accusé. Entre le XIII<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle, on constate un essor de *l'arbitrium judicis*. Les juges s'écartent des peines pécuniaires fixes prévues par les chartes et prononcent des peines de type afflictif et infamant<sup>47</sup>. Selon

<sup>42</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des Fées*, Tome II, « La Princesse Rosette », Honoré Champion, p. 291.

<sup>43</sup> J-M Carbasse, *op.cit.*, p. 387.

<sup>44</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des Fées*, Tome II, « La Princesse Rosette », Honoré Champion, p. 286.

<sup>45</sup> J-M Carbasse, *op.cit.*, p. 254.

<sup>46</sup> B. Schnapper, « Les peines arbitraires du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle (doctrines savantes et usages français) », *Tijdschrift voor Reschtsgeschiedenis, Revue d'histoire du droit*, t. 41 (1973), p. 237-277 et t. 42 (1974), p. 81-112.

<sup>47</sup> J-M Carbasse, *op.cit.*, p. 237.



les glossateurs, l'arbitraire des juges se fonde sur un fragment d'Ulpien inséré au Digeste (D. 48, 19, 13), appelé la loi *Hodie*. Elle permettait aux juges d'arbitrer la peine à l'égard des crimes poursuivis par la voie extraordinaire. Pierre de Belleperche et son élève Cynus de Pistoie vont donner à la loi *Hodie* une portée générale et vont ignorer la distinction entre les deux voies procédurales ; le juge peut donc augmenter ou diminuer la peine dans n'importe quel cas.

Mais cet arbitraire est limité par certains principes. En effet, le juge est « serviteur de la justice », la fonction de juger s'inscrit dans le cadre de la morale chrétienne. Le juge doit rechercher la sanction la plus juste car il exerce son ministère « sous le regard de Dieu ». La peine doit être proportionnée au délit et adaptée au délinquant.

Le pouvoir des juges, bien que large, n'est pas sans limites. Tout comme le roi, les magistrats sont soumis à la loi naturelle qui leur impose le respect de l'équité. Les juges doivent aussi tenir compte de la « coutume jurisprudentielle » en vigueur dans leur ressort et dans l'ensemble du royaume. Cette coutume est un mélange d'usages judiciaires, de principes généraux et de règles de détail. Les juges sont relativement libres dans le choix des peines mais ils ne le sont pas en ce qui concerne les preuves. Au Moyen Âge, aucune condamnation n'est possible sans la *probatio plena*, à savoir une preuve objective et complète. Toutefois, dès les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, la doctrine des preuves légale s'est affaiblie et les juges vont de plus en plus tenir compte de leur intime et subjective conviction. On constate donc que les juges s'éloignent des principes posés par les ordonnances royales tant en matière de peines qu'en matière de preuve.

Dans le conte de « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », la justice est représentée comme un organe qui se dresse contre la volonté du roi. Malgré l'accusation de viol dont il fait l'objet, le roi ne veut pas que Fortuné soit traduit devant un tribunal. « Le roi ne pouvant éviter de lui donner des juges, nomma ceux qu'il crut les plus doux et les plus susceptibles de tendresse, afin qu'ils fussent plus disposés à tolérer cette faute »<sup>48</sup>. Cette attitude contraste fortement avec celle des souverains que nous avons vus précédemment, rendant la justice eux-mêmes et parfois même exécutant le châtiment de leur propre main. On constate ici que la conteuse associe les mauvais rois à l'exercice d'une justice arbitraire, exclusivement retenue<sup>49</sup> ; et les bons rois à l'exercice d'une justice déléguée aux mains des juges, justice à laquelle le monarque entend se soumettre.

Mais le souverain se trompe sur la soumission des juges à son égard. En effet, « les juges voulurent rétablir leur réputation [...] et comme c'était une affaire de grand éclat, ils s'armèrent de la dernière rigueur, et condamnèrent Fortuné sans daigner l'entendre »<sup>50</sup>. Les juges se montrent indépendants du pouvoir royal et ne se laissent pas influencer par la volonté royale.

---

<sup>48</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome II, « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », Honoré Champion, p. 295.

<sup>49</sup> J. Krynen « Réflexions sur la justice retenue », *Le Gouvernement des communautés politiques à la fin du Moyen Âge. Entre puissance et négociation...* Paris, 2010, p. 523-531

<sup>50</sup> Ibid.

Cette attitude des juges à l'égard du souverain peut s'expliquer par le rôle des parlements qui représentent le roi<sup>51</sup>. La représentation est une notion issue du droit successoral. Elle qualifie le mécanisme de substitution du petit-fils ou du neveu à l'héritier prédécédé, père ou oncle, lors d'une succession *ab intestat*. Les civilistes orléanais vont alors avancer l'idée que le successible le plus proche représente la personne de l'héritier prédécédé. Les parlements vont avoir à l'esprit qu'ils représentent la personne immortelle du roi. En effet, lors de la mort du roi, les magistrats qui accompagnent la dépouille royale lors des funérailles portent leur robe de fonction et non un habit de deuil. On peut donc en conclure que l'autorité du parlement ne prend pas fin avec la mort du roi.

Les juges considèrent qu'ils font partie du « corps du roi », ce qui leur permet de prendre part à la majesté royale.

Le conte de « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné » rapportant un refus des juges d'obtempérer à la volonté royale nous rappelle que sous le règne de Louis XIV, le Parlement avait lui aussi voulu affirmer son indépendance à l'égard du pouvoir royal. Les parlementaires se voyaient comme les gardiens des lois fondamentales du royaume et lorsque le roi voulait faire enregistrer une loi qu'ils jugeaient mauvaise, ils lui adressaient des remontrances. Les parlements étaient chargés d'enregistrer les lois royales et il leur arrivait de refuser d'enregistrer les lois qui ne leur convenaient pas, tenant ainsi tête au pouvoir royal. Les parlementaires se permettaient aussi d'interpréter les lois à leur guise. Louis XIV va mettre fin à ces insubordinations parlementaires à l'aide de l'ordonnance civile de 1667. Cette ordonnance n'autorise les remontrances qu'une seule fois, et dans les huit jours de la réception des lettres patentes. Une déclaration royale de 1673 va plus loin et supprime les remontrances préalables à l'enregistrement, privant ainsi de toute efficacité le droit de remontrance. Dans « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », le roi « exila tous les juges »<sup>52</sup> car ils ont rendu un arrêt qui contrevient à sa volonté. Le roi réaffirme par là sa toute-puissance face aux juges qui avaient osé s'opposer à lui.

## B - La sévérité des juges royaux

Les juges n'apparaissent qu'une seule fois dans les contes de Madame d'Aulnoy. Ces derniers sont vus sous un jour peu flatteur. Certes, ils refusent de se plier à la volonté du roi qui voudrait que Fortuné ne soit pas condamné alors qu'il est accusé de viol. Mais alors qu'ils doivent se prononcer en fonction de l'équité et de la raison, les magistrats présentés dans le conte se servent du procès comme d'un moyen de pression politique. En effet, « les juges voulurent rétablir leur réputation [...] et comme c'était une affaire de grand éclat, ils s'armèrent de la dernière rigueur, et condamnèrent Fortuné sans daigner l'entendre »<sup>53</sup>. Nous avons vu que cette phrase pouvait faire référence à l'esprit frondeur des parlementaires qui refusent de se laisser dicter leur conduite par le roi mais on peut interpréter cette phrase différemment. La

---

<sup>51</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome II, « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », *op.cit.*, p. 295.

<sup>52</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome II, « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », *op.cit.*, p. 295.

<sup>53</sup> Ibid.

conteuse précise qu'ils désirent « rétablir leur réputation » de juges de rigueur, ce qui sous-entend qu'ils souffraient d'une image dévalorisée, on les accusait peut-être d'être corrompus.

Madame d'Aulnoy nous dit encore que « c'était une affaire de grand éclat » ce qui laisse supposer que les juges se montrent sévères envers Fortuné non pas en raison de la gravité de son crime mais plutôt pour impressionner la population et faire un exemple.

En l'espèce, le prince Fortuné est accusé de viol, un crime pour lequel la sanction appliquée est décidée de manière arbitraire. Elle peut être la peine de mort, la castration, ou encore une amende. A la fin du Moyen Age, on constate un net adoucissement de la répression. La castration n'est plus pratiquée à partir du XV<sup>e</sup> siècle et les viols sont punis par des sanctions purement pécuniaires. Mais dès le XVI<sup>e</sup> siècle, on revient à une répression plus sévère. Les violeurs encourent à nouveau la peine de mort, surtout lorsque la victime est mineure. On constate donc que les juges représentés dans le conte de Madame d'Aulnoy choisissent d'appliquer la sanction la plus lourde afin d'asseoir leur indépendance vis-à-vis du roi qui les avait incités à faire preuve de clémence.

La dernière partie de la phrase est la plus révélatrice concernant l'opinion de la conteuse sur les juges. En effet, ils « condamnèrent Fortuné sans daigner l'entendre »<sup>54</sup>. En procédant de cette manière, les juges contreviennent aux règles de la procédure pénale en vigueur au XVII<sup>e</sup> siècle. L'ordonnance criminelle, élaborée par le conseil de justice mis en place par Louis XIV et enregistrée au parlement de Paris le 26 août 1670 prévoit cinq étapes au sein du procès pénal<sup>55</sup>.

Tout d'abord la mise en mouvement de l'action publique qui résulte soit de la plainte d'une partie, soit de la poursuite d'office par la juge. Le parquet est obligé de poursuivre pour tous les crimes emportant peines afflictives même si une transaction est intervenue entre le coupable et sa victime. Les transactions interrompent l'action publique et sont valables pour les délits mineurs n'emportant pas une peine afflictive. L'instruction préparatoire est ensuite confiée à l'un des juges du siège et commence par la collecte des procès-verbaux relatifs à l'affaire. Le juge auditionne ensuite les témoins qui déposent sous serment, ainsi que secrètement et séparément. Les monitoires, sorte d'appel à témoins publiés dans les églises viennent compléter l'information si elle est insuffisante. Le juge peut alors émettre plusieurs types de décrets tels qu'une « assignation pour être oui », « un ajournement personnel », ou une « prise de corps ».

L'accusé est alors interrogé par le juge instructeur et doit s'engager à dire la vérité. Les accusés doivent répondre seuls, « par leur bouche, sans le ministère de conseil », c'est-à-dire sans avocat.

Une fois l'interrogatoire terminé et signé par l'accusé, le juge doit choisir entre la procédure ordinaire ou la procédure extraordinaire<sup>56</sup>. La procédure ordinaire est utilisée pour les délits mineurs, le tribunal déterminera la peine et la réparation civile

---

<sup>54</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes nouveaux ou Les Fées à la mode*, Tome II, « Belle Belle ou Le Chevalier Fortuné », *op.cit.*, p. 295.

<sup>55</sup> A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, L. Larose et Forcel, 1882, p. 532.

<sup>56</sup> Sur les notions de procédure ordinaire et extraordinaire voir Y. Bongert, *Histoire du droit pénal*, Panthéon Assas, 2012, p. 376.

en fonction des requêtes échangées entre l'accusé et les parties. La procédure extraordinaire s'applique aux délits plus graves et donne lieu à une instruction définitive qui vient compléter l'instruction préparatoire.

Cette instruction définitive commence par le récolement des témoins. Ils sont convoqués une seconde fois afin de relire leurs premières dépositions et peuvent éventuellement les rectifier ou les compléter. Les témoins sont ensuite confrontés à l'accusé. C'est seulement à ce moment que l'accusé peut connaître le contenu des charges qui pèsent contre lui et peut mettre en doute les dires des témoins. La phase de l'instruction définitive se termine avec cette confrontation. Le juge instructeur peut transmettre le sac du procès au juge rapporteur. Dans la pratique, le juge rapporteur est souvent le même que le juge instructeur. Le rapporteur est chargé de faire la synthèse de tous les éléments du dossier d'instruction devant le siège assemblé. L'accusé comparaît alors devant les juges et subit un dernier interrogatoire. Il peut alors présenter sa défense mais il n'a bénéficié d'aucun conseil avant cette ultime confrontation avec les juges et ses paroles sont souvent sans effets.

Dans le conte de « La Princesse Rosette », les accusés ne sont même pas entendus par les juges et ne peuvent se défendre. « L'on fut à la prison en grand appareil, leur lire cet arrêt »<sup>57</sup>. Les deux frères de la princesse, injustement condamnés à être décapités pour avoir menti au roi des paons ne peuvent que s'incliner devant la rigueur des juges. Ils ne connaissent même pas les raisons qui ont motivé ce jugement ; ce qui s'apparente à la procédure en vigueur dans l'Ancien Régime. En effet, le jugement définitif est motivé de manière très vague, les parlements exigent seulement des juges inférieurs qu'ils indiquent la cause de la condamnation, c'est-à-dire la nature du crime. Si les preuves sont insuffisantes, les juges doivent prononcer un jugement d'absolution.

On peut penser que cette image dévalorisante des juges est un relent de la rancune que Madame d'Aulnoy garde envers les juges auxquels elle a été confrontée durant sa jeunesse. Elle essaye en effet de manipuler la justice afin de faire condamner son mari, le baron d'Aulnoy, un libertin couvert de dettes. Elle cherche à se débarrasser de lui en le faisant accuser de crime de lèse-majesté avec l'aide de sa mère. Le baron risque la décapitation mais son innocence est prouvée et il est relâché. Les deux faux témoins sont mis à mort après avoir été soumis à la question. L'un d'eux, Monsieur Courboyer, amant de Madame Gudane, la mère de Madame d'Aulnoy, a avoué la responsabilité de cette dernière et de sa maîtresse. A la suite de cette affaire, Madame Gudane s'enfuit en Espagne où elle joue un rôle d'espion politique au service de la France. Madame d'Aulnoy doit quant à elle se retirer au couvent, elle en sortira quelques années plus tard grâce à l'aide de ses amis.

Dans les contes de fées de Madame d'Aulnoy, c'est plutôt le personnage de la fée qui est chargé de faire régner la justice. C'est elle qui vient en aide aux victimes et qui punit les coupables. Elle apparaît comme le bras vengeur qui vient réparer les injustices. Dans le conte de « Gracieuse et Percinet », « la fée vola au palais du roi, en ce lieu elle chercha Grognon, et lui tordit le cou sans que ses gardes ni ses femmes ne l'en pussent empêcher »<sup>58</sup>. La fée venge la princesse Gracieuse de tous les maux qui lui avait été infligés par sa belle-mère Grognon et punit cette dernière pour sa cruauté à

<sup>57</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des fées*, « La Princesse Rosette », Tome II, Honoré Champion, p. 287.

<sup>58</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des fées*, Tome I, « Gracieuse et Percinet », Honoré Champion, p. 139.

l'égard de sa belle-fille. Dans « Le Prince Lutin », le mauvais roi Furibond, qui tente de tuer Léandre, le fils de son gouverneur, par jalousie, semble frappé par la justice divine. En effet, Léandre étant venu au secours de la Fée Gentille, elle lui accorde le don de devenir lutin, ce qui lui permet de se rendre invisible dès qu'il le désire. Alors que Furibond veut contraindre une princesse à l'épouser, Léandre métamorphosé en Lutin « le prit par les cheveux, et lui coupa la tête comme à un poulet, sans que ce malheureux petit roi vît la main qui l'égorgeait »<sup>59</sup>. Ce châtiment infligé par une main invisible fait penser à une sanction divine qui vient punir la méchanceté du roi Furibond.

Outre la peine de mort, les fées appliquent parfois des sanctions qui paraissent tout droit sorti des coutumes en vigueur dans le royaume de France au Moyen-Age. C'est ainsi que dans le conte de « La Bonne Petite Souris » :

« Comme le méchant roi allait se coucher, la fée se met en petite souris, [...] dès qu'il voulut dormir elle lui mordit l'oreille [...] La petite souris retourne dans la chambre du méchant roi, qui était un peu assoupi, elle mord son nez et s'attache à le ronger. Elle entre dans sa bouche et lui grignote la langue, les lèvres, les joues [...] Elle courut faire pis au fils, et lui mangea son bon œil »<sup>60</sup>.

Ces mutilations rappellent celles qui étaient appliquées au Moyen-Age pour les infractions de moyenne gravité ou à titre de peines accessoires pour les crimes graves<sup>61</sup>. Les mutilations permettaient de marquer les criminels afin de repérer les récidivistes. L'essorillement était une sanction appliquée aux voleurs. L'ablation du nez, prévue par divers capitulaires de Charlemagne, tombe en désuétude dès le XIII<sup>e</sup> siècle. Un capitulaire de 744 prévoit également qu'un voleur soit puni par la perte d'un œil.

Si l'on examine l'ensemble des contes de Madame d'Aulnoy, on peut constater certaines concordances entre la réalité judiciaire du XVII<sup>e</sup> siècle et ses récits fictifs. Par exemple, le roi peut user de la justice dite retenue pour prendre lui-même une sanction à l'égard d'un justiciable. La conteuse présente également des juges en désaccord avec le pouvoir royal, désaccord que l'on retrouve entre Louis XIV et ses juges. Mais il faut aussi remarquer que cette représentation de la justice a surtout pour but de pointer les excès de la justice royale. Certaines dénonciations restent pourtant à nuancer. L'ordonnance pénale de 1670 prévoit des règles de procédure protectrices de l'accusé, là où les contes présentent l'image d'une justice expéditive, dans laquelle l'accusé ne dispose d'aucune garantie. La justice souffre donc dans les écrits de la conteuse d'une image plutôt négative, tantôt instrument de domination pour le souverain, tantôt moyen pour les juges d'affirmer leur indépendance.

---

<sup>59</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des fées*, Tome I, « Le Prince Lutin », Honoré Champion, p. 238.

<sup>60</sup> Madame d'Aulnoy, *Contes des fées*, Tome II, « La Bonne Petite Souris », p. 380-381.

<sup>61</sup> J-M Carbasse, *op.cit.*, p.306.

---

## Les vils traits de la justice. Quelques caricatures judiciaires de la fin du XIX<sup>e</sup> s. et du début du XX<sup>e</sup> s.

Romy SUTRA

L'art de la caricature, décrit par Diderot comme « une espèce de libertinage de l'imagination<sup>1</sup> », a bâti sa réputation sur la transgression des codes établis. L'humour noir et le ton souvent grotesque employés dans les caricatures ont un objectif certain : provoquer le lecteur, le bousculer. Un dessin satirique ne sera dès lors réussi que s'il parvient à faire réagir. Le rôle des images est essentiel, qu'elles soient satiriques ou non, car elles permettent de donner sens à l'allégorie et constituent, auprès du public illettré, le principal support d'information<sup>2</sup>. En 1871, Francisque Sarcey, qui comparait l'efficacité du crayon et du pamphlet, a fort bien souligné l'importance de l'image, et plus particulièrement de l'image satirique : « Le pamphlet ne s'adresse qu'à l'esprit ; il faut encore, pour le comprendre et le goûter, un certain degré d'instruction, d'attention tout au moins. La caricature entre dans les yeux et remue ce qu'il y a de plus sensible en nous, l'imagination. Elle est intelligible à tous : elle nous arrête au passage [...] et nous force à la regarder aux vitrines où elle est suspendue<sup>3</sup> ». À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les images occupent donc une place majeure. Lorsque les mots se révèlent insuffisants ou inappropriés, le récit est relayé par l'image, comme vecteur d'information.

La période étudiée, quoique brève<sup>4</sup> est intéressante à plusieurs titres. La Troisième République a en effet traversé tant de crises et remis en question tant de principes établis qu'elle a nécessairement offert aux caricaturistes une matière quotidiennement renouvelée. Il y a ensuite la grande loi de libéralisation de la presse du 29 juillet 1881. En réduisant sensiblement la liste des infractions encourues par les

156

---

<sup>1</sup> L'*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, dirigée par Diderot & d'Alembert (1751-1772), Tome VI, Genève, p. 335. Le mot est issu du verbe populaire latin *caricare*, dont le français tire à la fois le mot « charge » et le mot « caricature ». Le terme apparaît pour la première fois en 1740, dans le *Dictionnaire d'Argenson*.

<sup>2</sup> Frédéric Chauvaud et Solange Vernois, « Croquis, dessins et caricatures : la justice en images », *Sociétés & Représentations*, 2004/2 (n° 18), p. 30.

<sup>3</sup> F. Sarcey, *La revue comique*, 15 octobre 1871.

<sup>4</sup> La période s'étend de 1879 (dessin le plus ancien) à 1908 (dessin le plus récent). Nous n'incluons pas ici les quelques planches d'Honoré Daumier, hors période, mais dont l'influence majeure sur cet art est à prendre en considération.

organes de presse<sup>5</sup>, elle émancipe aussi les dessinateurs : c'est après 1881 que les caricatures se multiplient en adoptant un ton particulièrement engagé<sup>6</sup>.

La presse dans son ensemble est le témoin le plus vivant d'une époque, elle est le reflet de l'opinion et contribue aussi souvent à la façonner. Les journaux, par le texte et par l'image, restituent des événements. Les caricatures constituent, à leur manière, des sortes de récits. En racontant un fait, ou un ensemble de faits, elles sont le miroir de la société, de ses mentalités et de ses mœurs. Peu importe que le miroir soit déformant : la satire est un révélateur particulièrement efficace des travers de la société.

La caricature constitue un témoignage précieux des revendications sociales d'une époque. En dénonçant certaines pratiques, en s'insurgeant contre certaines formes d'inégalités, elle devient un support de la contestation, donc une arme politique. Aucune institution n'est alors épargnée, surtout pas la justice. Les caricatures de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle s'intéressent au milieu judiciaire si souvent décrié pour ses abus, et à la justice parfois contestée dans ses décisions.

Les caricaturistes qui s'emploient à dénoncer les travers des gens de justice et les failles du système judiciaire traitent en fait et surtout de la justice pénale. C'est pourquoi, le corpus de caricatures ici présentées se limitera au champ pénal. Encore fallait-il trouver des affaires à la fois ordinaires (nous n'évoquerons donc pas l'affaire Dreyfus, sur-médiatisée et déjà très bien analysée<sup>7</sup>) et assez importantes pour avoir eu le privilège d'apparaître dans la presse.

Les charges anti-judiciaires apparaissent comme un leitmotiv de la caricature ou littérature imagée depuis fort longtemps. On pense notamment à l'œuvre de Jean Racine, *Les Plaideurs* (1668) ou à l'ouvrage de Rodrigo Sanchez, *Le miroir de la vie humaine* (1477). Certaines fables de La Fontaine comme *L'huître et les plaideurs* ou *Les animaux malades de la peste* (1678) critiquent la justice. Chacun se souvient de la célèbre morale : « Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir ». De même, *Le Roman de Renart* (XIII<sup>e</sup> siècle) pose très tôt les grands thèmes de la critique judiciaire : inefficacité de la procédure, langage ésotérique défiant le bon sens, justice incertaine... Il annonce les personnages célèbres de Rabelais : les Chiquanous, les sieurs de Baisecul et Humevesne et leurs ineffables

---

<sup>5</sup> L'impunité de la presse sera néanmoins réduite ultérieurement. Tout d'abord par les lois du 2 août 1882 et des 16-18 mars 1898 renforçant la répression de l'outrage aux bonnes mœurs. Puis, après une vague d'attentats (Ravachol, 1892 ; Vaillant, 1893 ; Caserio, 1894), et dans le but de réprimer la propagande anarchiste, une série de mesures sont adoptées dites « lois scélérates » (12 décembre 1893 ; 18 décembre 1893 ; 28 juillet 1894). C'est à la suite de cette dernière loi que de nombreux journaux anarchistes, comme *Le Père peinard*, sont interdits. Le dernier numéro de la première série paraît le 21 février 1894. Son fondateur, Émile Pouget, acquitté en 1895, relance le journal, d'abord sous le nom de *La Sociale*, puis en lui redonnant son nom d'origine en octobre 1896. Le dernier numéro sera publié en 1902.

<sup>6</sup> Il est vrai cependant que les dessins du *Père Duchesnes* et sa filiale *Le fils du Père Duchesnes*, proposaient déjà des dessins au ton assez cru.

<sup>7</sup> Sur les caricatures liées à cette affaire, citons : John Grand-Carteret, *L'affaire Dreyfus et l'image : 266 caricatures françaises et étrangères*, Paris, E. Flammarion, 1898, 352 p. ; Bertrand Tillier, *Les artistes et l'affaire Dreyfus : 1898-1908*, Seyssel : Champ Vallon, 2009, 382 p. ; *Revue interdisciplinaire Ridiculous*, « L'Affaire Dreyfus dans la caricature internationale », Brest, E.I.R.I.S, n° 1, 1994, 168 p. ; Raymond Bachollett, *Les cent plus belles images de l'affaire Dreyfus*, Paris, Dabecom, 2006, 109 p.

plaidoiries, ou encore le juge Bridoye qui jouait ses jugements aux dés. Quant à *La Farce de Maître Pathelin* (1485), cette œuvre demeure certainement la satire judiciaire la plus célèbre de la littérature médiévale.

Pour la période étudiée, c'est la presse qui constitue la principale source. Parmi les journaux consultés<sup>8</sup>, certains ont des positions révolutionnaires et prolétariennes d'autres sont plus modérés. Quelle que soit la tendance politique de cette presse, la caricature n'est jamais neutre, elle ne cultive pas les bons sentiments. Citons quelques-uns de ces journaux : *La Caricature*, *Le Rire*, *Le Journal*, *Le Pêle-Mêle*, *Le Canard Sauvage*, *L'Echo de Paris*, enfin et surtout *L'Assiette au Beurre*<sup>9</sup> dont sont extraites la plupart des illustrations présentées dans ce travail. Il s'agit d'une des revues satiriques les plus célèbres de la Belle Époque, à la réputation de « brûlot anarchiste »<sup>10</sup>. Son thème de prédilection est en effet la critique des piliers de la société bourgeoise<sup>11</sup>. La Justice, pouvoir conservateur par excellence, est à ce titre la cible privilégiée de *L'Assiette au Beurre*<sup>12</sup>.

Démystifiante, décapante, voire dérangeante, la caricature permet de dénoncer, par le rire, les faiblesses et les abus de l'institution judiciaire. La satire est par essence critique sur le fond, incisive dans la forme. On y cherchera en vain l'éloge

---

<sup>8</sup> Ces journaux consultés sont disponibles sur Gallica : *La Caricature* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb32737409c/date> (consulté le 26 juin 2015) ; *Le Rire* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34432899t/date> (consulté le 30 juin 2015) ; *Le Journal* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34473289x/date> (consulté le 25 juin 2015) ; *Le Pêle-mêle* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb32834805j/date> (consulté le 30 juin 2015) ; *Le Canard sauvage* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb344292284/date> (consulté le 20 juin 2015) ; *L'Écho de Paris* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34429768r/date> (consulté le 25 juin 2015) ; *L'Assiette au Beurre* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb327033728/date> (consulté le 20 juin 2015).

<sup>9</sup> Paru pour la première fois le 4 avril 1901, ce journal satirique anarchiste, anticolonialiste, antireligieux, antimilitariste et anticonformiste a su allier la qualité et la variété des dessins avec la violence de la satire. Il accorde une large place à l'image et consacre chaque numéro à un sujet unique. Véritable entreprise de démolition de la société contemporaine, il emploie des dessinateurs réguliers : Forain, Hermann-Paul, Huard, Jeannot, Jossot, Léandre, Steinlen, Willette, etc.

<sup>10</sup> Ce qualificatif a été, à plusieurs reprises récusé. En effet, les caricaturistes de *L'Assiette au beurre* étaient des artistes de tendances très diverses et pas seulement des anarchistes. Michel et Elisabeth Dixmier, auteurs d'un ouvrage sur cette revue (M. et E. Dixmier., *L'Assiette au beurre, revue satirique illustrée (1901-1912)*, Paris, éd. Maspéro, 1974, 382 p.), la présentent d'ailleurs comme « un journal satirique à la ligne éditoriale complexe et hétérogène ». Cette revue s'adressait à une bourgeoisie aisée, située politiquement à gauche. Par ailleurs, son prix de vente, assez conséquent pour l'époque, nous invite à penser que la vente ne ciblait pas la clientèle ouvrière et modeste.

<sup>11</sup> La revue cible en premier lieu l'appareil d'État (armée, police, justice, organes décisionnels) et l'Église qui font l'objet de violentes critiques. Elle produit aussi de nombreuses satires des mœurs de la Belle Époque et n'affiche que mépris à l'égard des pays étrangers (le régime impérial russe est particulièrement visé). À l'inverse, le journal se pose clairement comme un défenseur de l'instituteur (laïc) et du travailleur.

<sup>12</sup> L'omission du *Père Peinard*, parmi les caricatures présentées, est volontaire car le sujet a déjà été traité par Solange Vernois : « La justice dans les caricatures du Père Peinard », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, Hors-série, 2001, (<http://rhei.revues.org/442>). Nous avons donc cherché à étudier d'autres journaux, qui nous semblaient plus neutres, en tout cas, moins engagés dans le combat politique anarchiste. Il semblerait toutefois que les dénonciations soient pratiquement les mêmes. Le ton, en revanche, diffère beaucoup. Tandis que le *Père Peinard* emploie volontiers un ton populacier et trivial, *L'Assiette au Beurre* et *Le Canard sauvage* (qui sont les deux journaux les plus proches de la mouvance anarchiste) utilisent un ton plus avisé, plus modéré.



de la justice. Jamais lisse, jamais neutre, jamais tiède, la caricature, en exprimant les non-dits de la société en révèle les aspirations, et se fait ainsi la garante d'une saine démocratie. En invectivant par le crayon, elle devient la voix - ou plutôt le trait - de la raison. Elle procède ainsi à une sorte de rappel à l'ordre, lorsque la justice perd la raison et de ce fait son équilibre, celui-là-même qui est nécessaire à la balance.

La caricature est donc à ce titre susceptible de nourrir une réflexion plus globale sur les représentations de la justice. Elle est d'ailleurs bien plus qu'une image figée de la justice : vecteur dynamique de la critique, lorsque le trait supplée efficacement la plume, elle devient une forme particulière de récit.

Aussi nous demanderons-nous comment ce mode d'expression singulier donne à voir la justice, et pour dénoncer quels travers. Il s'agit au fond de comprendre ce que les caricaturistes veulent nous dire sur la justice de leur époque, et au moyen de quelle(s) image(s) ils font passer le message.

La justice, valeur de référence, n'a pas droit à l'erreur. Le rôle de gardien de son intégrité semble revenir au caricaturiste qui pointera son crayon sur la moindre défaillance de l'institution et de ses représentants (I). Les trois procès que nous nous proposons d'examiner ensuite, viendront appuyer, par des exemples plus concrets, cette charge anti-judiciaire (II).

## **I - Quand le crayon du caricaturiste entre dans le temple de Thémis**

Brocardés pour leurs travers, leurs vices, leur incompetence, les acteurs du procès, fournissent aux dessinateurs quantité de sujets de raillerie (A). Mais au-delà de cette critique de l'individu, de l'humain, c'est toute l'institution judiciaire qui semble remise en cause (B).

159

### **A - Les acteurs du procès**

#### **1-Les magistrats**

Qualifiés dans le *Père Peinard*, de « marchands d'injustice » ou d' « enjuponnés du comptoir », les magistrats sont considérés comme les valets de la société bourgeoise. Le thème de la décadence de la magistrature était déjà évoqué dans *Le Charivari*<sup>13</sup>. On pouvait ainsi y lire : « Au lieu de ces hommes vénérables, renommés pour leur savoir, leur impartialité, leur assiduité laborieuse, la gravité et l'austérité de leurs mœurs, qui ont à diverses époques recommandé la haute magistrature aux respects publics, que voit-on aujourd'hui, pour l'ordinaire, sur les premiers sièges judiciaires ? Un tas d'obscurs brocanteurs, de grooms ministériels, de diseurs de gaudrioles, de coureurs d'aventures. De telle sorte que le sanctuaire de la justice a l'aspect d'une foire, d'une antichambre, d'une bastringue. Quels sont les modernes

---

<sup>13</sup> *Le Charivari*, fondé en 1832, publiait chaque jour des caricatures. La belle époque de ce journal remontait au règne de Louis-Philippe mais son directeur Charles Philipon puis le neveu de celui-ci Pierre Véron avaient été assez habiles pour le mener à travers tous les régimes. Il survécut même au siège de Paris et constitue d'ailleurs pour cette période le plus fidèle et presque le seul des journaux satiriques. Parmi ses dessinateurs principaux : Daumier, Cham, Grandville, Gill, Gustave Doré, Paul Gavarni, etc. *Le Charivari* disparut en 1937.

successeurs des Harlay, des l'Hospital, des Montesquieu, des Lamoignon ? »<sup>14</sup>. La satire des magistrats utilise des thèmes récurrents.

## Apparat

Un des jeux de mots favoris pour dénoncer cet appareil consiste à dire « juges en toques = justice en toc ». Le 14 mars 1903, *L'Assiette au beurre* publie un texte raillant la tenue vestimentaires des magistrats, vestige d'Ancien Régime : « Il y a une vérité qui n'a pas besoin de robe rouge ou noire, une supériorité qui se passe de toque ou de casque, une justice pour qui l'hermine et les manches sont superflues. [...] Le président Magnaud, en culotte de cycliste, juge-t-il moins équitablement que tous les chats-fourrés en grand vestiaire ? »<sup>15</sup>.

La toque, la robe rouge, la cape d'hermine : le juge semble tirer sa légitimité de ces identifiants vestimentaires<sup>16</sup>. Ce costume, indissociable du rituel judiciaire, qualifié par ses détracteurs de « déguisement »<sup>17</sup>, porte ainsi en lui une force symbolique importante. Les caricaturistes vont donc tirer parti de son aspect carnavalesque afin de ridiculiser les hommes de justice<sup>18</sup>.

Les costumes contribuent donc à véhiculer une image hautaine des juges, mais l'architecture majestueuse des temples judiciaires, de même que le cérémonial des audiences contribuent également à la sacralisation de l'institution<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> *Le Charivari*, 9 novembre 1839. Notons que ces illustres magistrats, critiqués eux aussi en leur temps, sont désormais élevés au rang d'hommes vénérables. La critique serait-elle amnésique ou les juges contemporains sont-ils véritablement plus détestables que leurs prédécesseurs ? Nous remarquons, quoi qu'il en soit, qu'aucun siècle ne peut se prévaloir d'avoir l'apanage de la satire. Soulignons également l'étonnante référence aux parlementaires d'Ancien Régime dans une revue comme *L'Assiette au Beurre*. Les dessinateurs regrettent sans doute ici le courage et la résistance dont ont fait preuve les parlementaires en lutte constante contre les dérives absolutistes du pouvoir royal. De même, les magistrats du XIX<sup>e</sup> siècle, dans leurs discours, entretiennent un véritable culte à l'égard du passé parlementaire. Ils regrettent ces parlements, véritables défenseurs du bien public et de l'inviolabilité de la justice, qui par leurs remontrances, « la plus haute expression du bon sens populaire », rappelaient le souverain « à la raison et à la justice ». (Camoïn de Vence, *L'opinion publique et les Parlements*, 3 novembre 1864, Poitiers, Impr. de A. Dupré, 52 p., cité par J.-C. Farcy, *Magistrats en majesté : les discours de rentrée aux audiences solennelles des Cours d'appel, XIX<sup>e</sup> -XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, Éd. CNRS, 1998, p. 138.) Sur ce point, au moins, magistrats et satiristes semblent donc avoir trouvé un terrain d'entente.

<sup>15</sup> *L'Assiette au Beurre*, numéro « Les Passementeries », 14 mars 1903.

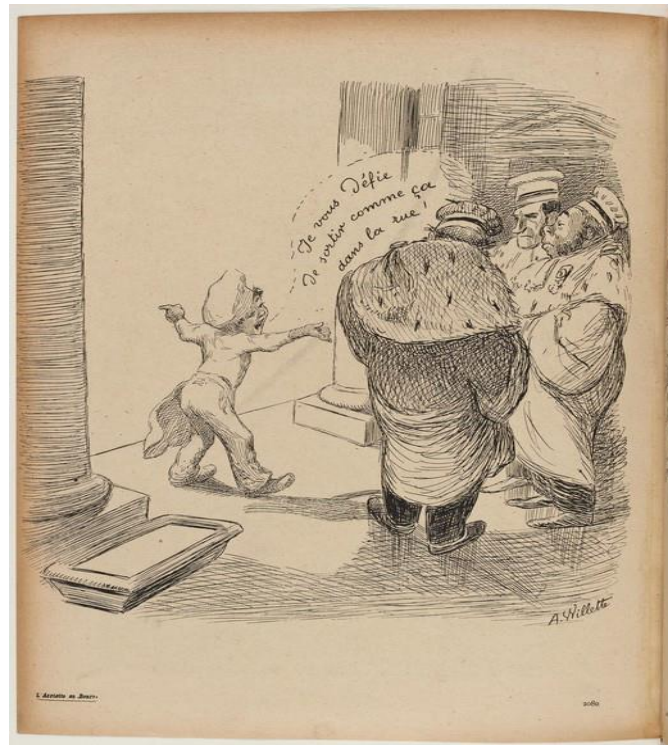
<sup>16</sup> La robe et ses attributs contribuent à imposer le respect et à maintenir la distance nécessaire entre le juge et le justiciable. Cet « uniforme » exprime la cohésion de la magistrature mais témoigne également du caractère intemporel de la justice. (J.-C. Farcy, *op. cit.*, p. 141-142). Études sur le costume judiciaire : Camille Chassain, *Les origines du costume judiciaire*, 16 octobre 1902, Pau, Impr. Empérougier, 1902, 28 p. ; Deltel, *Le costume du magistrat*, 5 janvier 1988, Nîmes, Moda, s.d., 38 p. ; Joseph Buffelan, *Origine et évolution du costume judiciaire*, 16 septembre 1955, Toulouse, Impr. de la « Gazette des Tribunaux du Midi », 1955, 32 p. ; Emile Lyon-Caen, *Le costume de la magistrature (considérations historiques et critiques)*, 16 octobre 1936, Paris, Imp. du Palais, 48 p.

<sup>17</sup> Un numéro de *L'Assiette au Beurre* intitulé « Les déguisés », 01 avril 1905, consacrera quelques vignettes aux gens de justice qu'ils appellent « ceux en robe ».

<sup>18</sup> M. et E. Dixmier, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>19</sup> Vincent Bernaudeau, *La Justice en question. Histoire de la magistrature angevine au XIX<sup>e</sup> siècle*, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 11 ; F. Chauvaud (dir.), *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la*

Par la dérision, les dessinateurs vont donc employer leur crayon à démystifier ces hommes et leurs traditions, vestiges d'un autre siècle.



Jeune garçon se gaussant de la tenue des magistrats  
« Je vous défie de sortir comme ça dans la rue »<sup>20</sup>

161



« Leurs inquiétudes. "J'ai eu si peur pour mon hermine !" »<sup>21</sup>

*justice* (VIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles), Paris, Créaphis, 1999, 240 p. ; A. Garapon, *L'âne portant des reliques*, Le centurion, 1996 ; *La justice en ses temples*, AFHJ, Paris, Errance, 1992, 325 p.

<sup>20</sup> *L'Assiette au Beurre*, 08 août 1903, dessin de Willette.

Alors que la désacralisation de la Justice semble achevée, Jean-Claude Farcy<sup>22</sup> a montré que la magistrature, nostalgique de son glorieux passé, persiste dans la célébration de son propre culte. Les discours des audiences de rentrée solennelle notamment sont empreints de cette nostalgie et tentent de ressusciter par des panégyriques la majesté de cette fonction.

## Attitude

Souvent caricaturés assoupis, signe d'indifférence à la misère humaine qu'ils ont à côtoyer, les magistrats adoptent cependant un visage différent, tantôt désabusé, tantôt féroce, selon le trait du dessinateur. Dans *Le Rire*<sup>23</sup> du 6 juillet 1895 : le président est affalé sur son pupitre tandis que ses deux assesseurs, fatigués de ce procès en assises, (soulignons le jeu de mots) somnolent sans vergogne.



« À la fin des Assises, les juges en ont assez d'être assis »<sup>24</sup>.

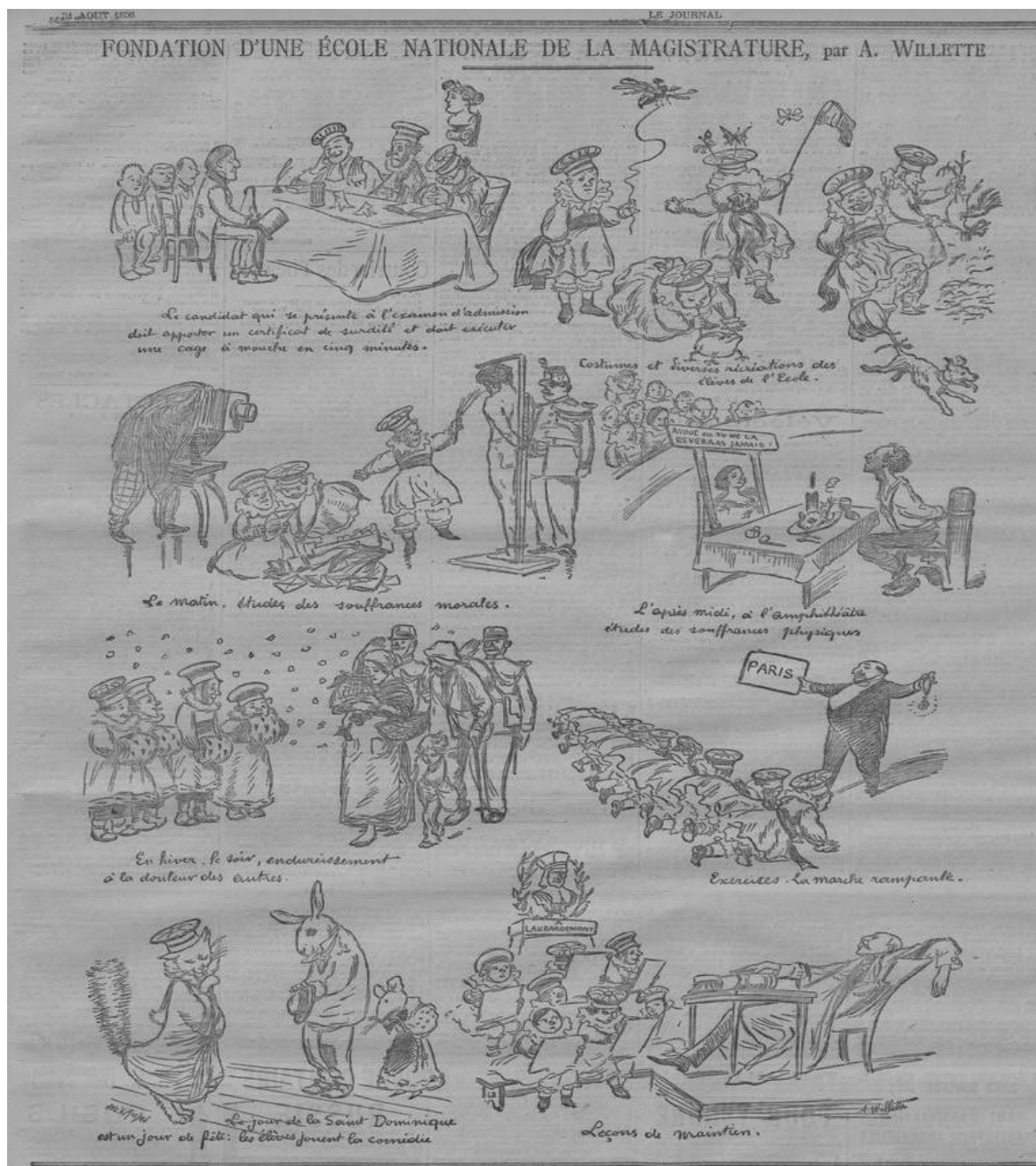
Dans *Le Journal*, le dessinateur Willette imagine en 1896 la fondation d'une École nationale de la magistrature.

<sup>21</sup> *L'Assiette au Beurre*, 15 août 1903, dessin de D'Ostoya.

<sup>22</sup> J.-C. Farcy, *op.cit.*, p. 136-165. Cette idée est également présente dans l'ouvrage de Jacques Krynen : les juges du XIX<sup>e</sup> siècle, loin de faire montre de soumission à l'égard du pouvoir politique, glorifient leur fonction d'interprètes de la loi. Les discours de rentrée aux audiences solennelles en attestent par de nombreuses références au fondement divin de la justice, à la sacralité de la fonction de juger, au pouvoir supérieur de la magistrature, ancre et boussole de l'Etat. (J. Krynen, *L'État de justice, France, XII<sup>e</sup> -XX<sup>e</sup> siècle*, tome second : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des Histoires », 2012, p. 158-176).

<sup>23</sup> *Le Rire*, fondé en 1894, les meilleurs dessinateurs y collaborent : Forain, Caran d'Ache, Willette, Gyp, Léandre, Toulouse-Lautrec, Rabier, Steinlen, Hermann-Paul, Faivre ...

<sup>24</sup> *Le Rire*, 6 juillet 1895, dessin de Léandre.

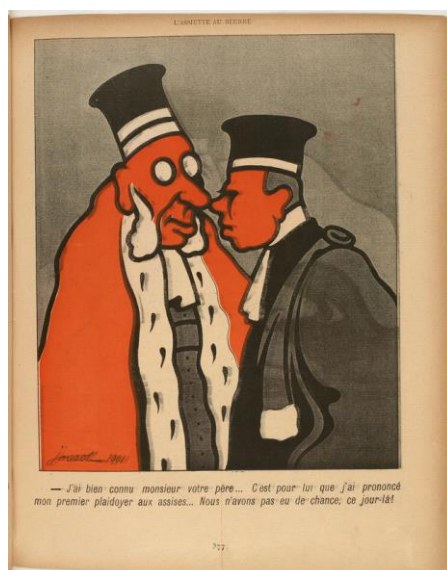


Dessin de Willette, en 7 vignettes

« 1° Le candidat qui se présente à l'examen d'admission doit apporter un certificat de surdité et doit exécuter une cage à mouche en cinq minutes. 2° Costumes et diverses récréations des élèves de l'Ecole. 3° Le matin : études des souffrances morales. 4° L'après-midi, à l'amphithéâtre : études des souffrances physiques. 4° En hiver, le soir, endurcissement à la douleur des autres. 5° Exercices : la marche rampante. 6° Le jour de la Saint Dominique est un jour de fête : les élèves jouent la comédie. 7° Leçons de maintien. »<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Le Journal, 31 août 1896, dessin de Willette.

## Reproduction sociale et privilèges



« J'ai bien connu monsieur votre père...  
C'est pour lui que j'ai prononcé mon premier plaidoyer aux assises... »<sup>26</sup>

Cette image exprime l'idée que le monde judiciaire formerait une société fermée. Les dessinateurs prononcent un réquisitoire contre la tendance à la reproduction sociale et biologique dans le milieu judiciaire<sup>27</sup> : privilèges d'accession pour les fils qui s'engagent dans la carrière judiciaire et bénéficient des relations du père. Privilèges également pour les fils voyous qui désirent aussi bénéficier des relations du père magistrat (mais pour d'autres raisons).

Les magistrats, ou plus largement les gens de justice, semblent donc unis dans leurs intérêts de classe et la défense sans concession de leurs privilèges<sup>28</sup>.

## Mœurs dissolues

Même si les magistrats n'ont pas l'apanage de ce travers, de nombreuses caricatures leur prêtent la réputation d'avoir des mœurs dissolues.



Un magistrat disant à un collègue : « Cette prévenue, quel aplomb ! Oser me rappeler notre liaison du quartier latin ! ... Ça lui coûtera cher ! »<sup>29</sup>

<sup>26</sup> *L'Assiette au Beurre*, 12 septembre 1901, n° 24 « Les tapinophages », dessin de Jossot. Ce dessin a illustré le colloque « Les désunions de la magistrature ».

<sup>27</sup> P. Delvit, « Les désunions de la magistrature, voire ... les juges passés à la moulinette de *L'Assiette au beurre* », in *Les désunions de la magistrature (XIX<sup>e</sup> -XX<sup>e</sup> siècles)*, (sous la dir. de) J. Krynen et J.-C. Gaven, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2012, p.439-453.

<sup>28</sup> P. Delvit, *op. cit.*, p. 439-453.

<sup>29</sup> *L'Assiette au Beurre*, 06 juin 1901, dessin de Jossot.



Une autre image en deux vignettes illustre parfaitement l'hypocrisie dont peuvent faire preuve certains magistrats. Sur la première vignette, on peut voir le juge faisant la morale à une fille-mère « Quand on ne se sent pas le courage d'élever un enfant, fille Hunetelle, on a au moins la pudeur de ... de ne pas lui donner le jour ! ». L'autre vignette présente le même magistrat, discutant en privé avec l'un de ses collègues « J'ai été obligé de foutre ma bonne à la porte : elle était enceinte », ce à quoi l'autre lui répond « Et de qui, vieux satyre ? Je parie que c'est de vous ! »<sup>30</sup> Confirmation du juge moralisateur...



## Le sexisme

165

La loi du 1<sup>er</sup> décembre 1900 consacre, après de vifs débats parlementaires<sup>31</sup>, l'accès au barreau pour les femmes et ainsi leur droit d'exercer une profession jusqu'alors réservée aux hommes. Jeanne Chauvin et Sophie Balachowsky-Petit ont été les premières femmes à pouvoir prêter serment<sup>32</sup>. Cette loi a suscité une vive réaction misogyne<sup>33</sup> au Palais et plus largement dans l'opinion. Dans le prétoire, la femme représente en effet une présence incongrue et potentiellement scandaleuse<sup>34</sup>. Certains juristes, comme le juge Paul Magnaud, applaudirent cependant à cette entrée des

<sup>30</sup> *L'Assiette au Beurre*, 25 juin 1905, numéro « Les grands sentiments », dessin de Renefer.

<sup>31</sup> J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2010 (4<sup>e</sup> éd.), p. 732-735

<sup>32</sup> Sophie Balachowski-Petit fut la première femme à prêter serment (4 décembre 1900). Jeanne Chauvin fut la deuxième à faire sa prestation de serment (9 décembre 1900) mais la première avocate à plaider.

<sup>33</sup> Au moment où les femmes revendiquent l'accès au barreau, l'éditeur Jules Royer publie une série de cartes postales intitulée « La femme avocat ». Une actrice y incarne une avocate devant interrompre à plusieurs reprises sa plaidoirie pour allaiter, changer et calmer son enfant. Cela vient renforcer l'idée que la femme, irrémédiablement placée du côté de la nature et non de la culture, ne saurait être juriste. Même propos dans les caricatures d'Alfred Robida qui, dans son *Vingtième-Siècle* (1883), sorte de récit d'anticipation, imagine, sous une galanterie méprisante, ce que pourrait être une femme avocate. (Robida Albert, *Le Vingtième Siècle*, Paris, Dentu, 1883, « Femmes avocates », hors-texte).

<sup>34</sup> Sur cette question voir : Anne-Laure Catinat, « Les premières avocates du barreau de Paris », in : *Mil neuf cent*, n°16, 1998, pp. 43-56 ; Anne Boigeol, « Les femmes et les Cours. La difficile mise en oeuvre de l'égalité des sexes dans l'accès à la magistrature », *Genèses*, n°22, 1996, pp. 107-129.

femmes dans la profession<sup>35</sup>, espérant même qu'elles pourraient bientôt devenir magistrates<sup>36</sup>.

Dans le numéro du 22 août 1901 des *Tartines de l'Assiette au beurre*, nous trouvons un petit article intitulé « Soignons les jurés », dans lequel l'auteur ironise sur le fait que la plupart des présidents d'assises dorment pendant les audiences, et sur l'absentéisme des jurés. Une solution aurait ainsi été trouvée : « devant la tribune du jury, un banc sera exclusivement réservé aux jeunes femmes avocates, dans leur costume » ... « et ce sera pour chaque juré un irrésistible attrait que cette pensée d'avoir sous les yeux pendant des heures entières, les jolies avocates, dont les formes rebondies seront encore soulignées, sous la draperie noire, par la dureté du banc qui les supportera. Cela vous fera de belles *assises* ».

Visiblement, l'aspiration au progrès des artistes du journal *L'Assiette au beurre* ne s'étendait pas jusqu'à l'égalitarisme sexuel. Mais ne faut-il pas plutôt comprendre qu'ils voient en cette loi une vaste fumisterie renforçant l'aliénation et la domination sociale du riche sur le pauvre (peu importe alors que le juge soit un homme ou une femme). Satire du magistrat jaloux de sa fonction ou satire de l'audace de la femme ? Caricature misogyne ou féministe ? L'intention du dessinateur est en ce domaine difficile à déterminer. Les avis sur cette question semblent partagés<sup>37</sup>.



« Ça m'étonne que malgré la fermeté de vos arguments, chère Madame, votre client n'ait pas gagné en première instance »<sup>38</sup>

## 2-Les avocats

Effets de manches, langues acerbes, verbes clairs, l'avocat a de tous temps fasciné les artistes.

<sup>35</sup> M. Rousselet, *Histoire de la magistrature*, Paris, Plon, 1947, p. 231.

<sup>36</sup> L'accès des femmes à la magistrature ne sera possible qu'en 1946 (loi du 11 avril 1946), la première sera Charlotte Lagarde Béquignon (intégrée à la Cour de cassation)

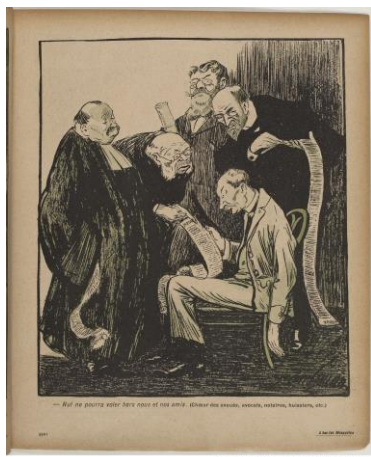
<sup>37</sup> Sur cette question, voir notamment l'article de S. Vernois, « "La femme dans la caricature française" de Gustave Kahn (1907). De la contradiction du féminisme et de la caricature », in *Revue interdisciplinaire Textes et contextes*, n°3 : La caricature au féminin, 2009. Du côté féministe, le journal *La Fronde*, fondé en 1897 par Marguerite Durand, sera un fervent soutien de Jeanne Chauvin et participera à la lutte pour le libre accès des femmes à toutes les professions.

<sup>38</sup> *L'Assiette au Beurre*, 22 août 1901, dessin de D'Ostoya.



Leur avidité est sans limite, c'est le principal grief retenu contre eux<sup>39</sup>. Qu'importe la moralité de la cause, pourvu qu'elle rapporte. Tous les moyens sont alors valables pour gagner : faux témoignage, falsification des pièces du dossier, pressions sur les témoins, etc. Véritable canaille, l'avocat est présenté davantage comme un marchand, comme un homme d'affaires et non comme un homme de loi. Mais il est moins condamné que le juge : sa malhonnêteté est presque comique. On trouve les mêmes griefs contre les huissiers, les notaires, les avoués.

Les rapports entre les gens de justice et l'argent<sup>40</sup> sont ambivalents et souvent mal perçus par l'opinion publique et ce pour deux raisons. D'une part, l'idéal de gratuité de la justice est ancré dans l'inconscient collectif. Ceci dit, au XIX<sup>e</sup> siècle nous sommes loin de la figure de saint Louis rendant la justice (gratuitement bien sûr) sous son chêne. Depuis lors, la justice s'est professionnalisée et s'accommode mal de l'impératif de gratuité. Ainsi, au-delà de la caricature, les hommes de loi ne sont pas des êtres abstraits, ce sont des hommes qui exercent une profession qui, comme les autres, doit être rémunérée. D'autre part, et c'est ce qui est souvent dénoncé, l'abnégation qui fait la grandeur de celui qui exerce la fonction conduit les hommes de lois à prôner une éthique du désintéressement<sup>41</sup>. Ce discours justificateur exaspère en fait les justiciables qui ne sont pas dupes de la réalité des profits réalisés, par les avocats en particulier.



« "Nul ne pourra voler hors nous et nos amis". Chœur des avoués, avocats, notaires, huissiers, etc. »<sup>42</sup>

167

Une cliente explique à son avocat « Je vous jure que mon mari a été victime d'une erreur judiciaire ! », ce à quoi le défenseur répond « c'est bien possible, mais je ne me charge pas de faire réhabiliter un innocent à moins de 100 000 francs »<sup>43</sup>



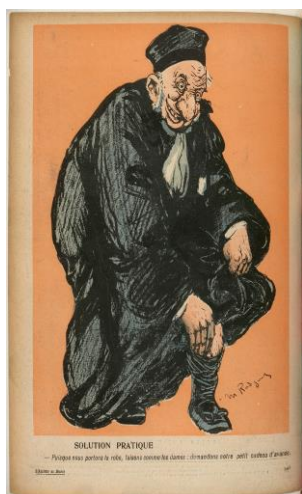
39 M. et E. Dixmier, *op. cit.*, p. 75.

40 Sur cette question, consulter Benoît Garnot (sous la dir. de), *Les juristes et l'argent : le coût de la justice et l'argent des juges du XIV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*, Dijon, éditions universitaires de Dijon, 2005, 251 p.

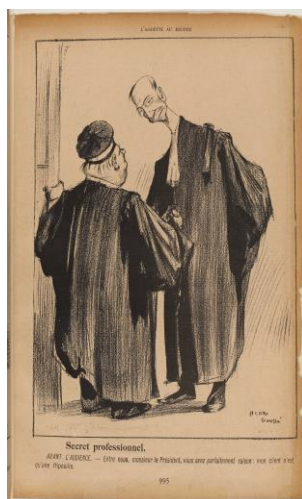
41 B. Garnot, *Histoire de la justice*, *op. cit.*, p. 537-543 ; Lucien Karpik, *Les avocats entre l'État, le public et le marché, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 1995, 482 p.

42 *L'Assiette au Beurre*, 06 février 1904, dessin de Grandjouan.

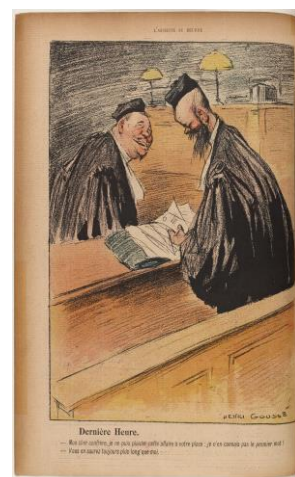
43 *L'Assiette au Beurre*, 24 mai 1902, n° spécial « Les avocats », dessin d'Henri Goussé



1



2



3

Dessin n° 1 : Un avocat au visage malsain, cachant dans ses bas un petit pécule, explique : « Puisque nous portons la robe, faisons comme les dames, demandons notre petit cadeau d'avance »<sup>44</sup>

Dessin n° 2 : Autre grief contre les avocats : leur manque de professionnalisme, on dénonce ici un non-respect flagrant du secret professionnel « Avant l'audience. "Entre nous, monsieur le président, vous avez probablement raison, mon client n'est qu'une fripouille" »<sup>45</sup>

Dessin n° 3 : Ce dessin, d'Henri Goussé également, dépeint avec force le manque de professionnalisme et de sérieux de certains avocats dans le traitement de leurs affaires « Mon cher confrère, je ne puis plaider cette affaire à votre place ; je n'en connais pas le premier mot ! », ce à quoi l'autre lui répond : « vous en saurez toujours plus long que moi »<sup>46</sup>

Une autre critique souvent émise : celle du corporatisme. « Maître Untel a fait du chantage, le fait est avéré ; il a escroqué son client, la chose est claire. Mais, pour l'honneur du barreau, étouffons l'affaire »<sup>47</sup>.



44 L'Assiette au Beurre, 25 mars 1905, « Le privilège des avocats », dessin de Radiguet.

45 L'Assiette au Beurre, 24 mai 1902, n° spécial « Les avocats », dessin d'Henri Goussé.

46 L'Assiette au Beurre, 24 mai 1902, n° spécial « Les avocats », dessin d'Henri Goussé.

47 L'Assiette au Beurre, 25 mars 1905, « Le privilège des avocats », dessin de Radiguet.

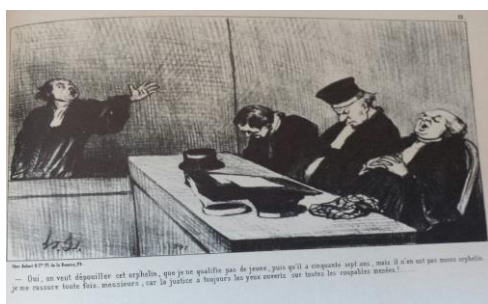
La plaidoirie étant l'exercice par excellence autorisant l'étalage des vanités, comment alors traiter de la caricature de l'avocat sans évoquer au passage l'œuvre du célèbre caricaturiste Honoré Daumier (1808-1879)<sup>48</sup>.

La justice et les hommes qui en vivent furent un de ses thèmes favoris. Très tôt, il dessine pour le journal *La Caricature*, des portraits de juge à la solde du roi, mais c'est vraiment avec la série *Les Gens de Justice* publiée dans *Le Charivari* que Daumier règle ses comptes et prononce un réquisitoire véhément à l'encontre des juges injustes et des avocats retors qui tirent profit de la misère d'autrui. Selon les mots d'Arsène Alexandre, critique d'art, « jamais, depuis Rabelais, la gent chicanière n'a été plus serrée de près, plus fouillée, plus implacablement disséquée dans ses trucs, dans ses manies, dans ses audaces, dans ses roueries. Ces robes noires, ces faces rasées, le froid humide de la salle des Pas Perdus, l'atmosphère surchauffée des salles d'audience, tout cela a positivement grisé Daumier. C'est avec une fougue rancunière qu'il a croqué ces innombrables types d'avocats emballés, de juges assoupis, moqueurs, de plaideurs exaspérés ».

Plusieurs traits dénoncés par Daumier seront repris dans les caricatures de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

Daumier brocarde les avocats en mettant l'accent sur leur théâtralité. Dans ses dessins, les gesticulations de l'avocat contrastent souvent avec les poses statiques des juges qui sommeillent et avec l'allure humble et voûtée des accusés.

Ce dessin, très célèbre, intitulé « Une péroraison à la Démosthène »<sup>49</sup> en référence à l'un des plus grands orateurs de la période antique.



Dans ce dessin, un avocat s'évertue à attirer l'attention des juges, visiblement peu intéressés par l'affaire en cours. La phrase accompagnant le dessin accentue le caractère à la fois comique et cynique de la scène. « Oui, on veut dépouiller cet orphelin, que je ne qualifie pas de jeune, puisqu'il a cinquante-sept ans, mais il n'en est

48 Noëlle Lenoir (sous la dir. de), *La Justice. De Daumier à nos jours*, Préface de Jean Lacouture, Paris, Somogy - Association des amis d'Honoré Daumier, 1999, 192 p. ; F. Saint-Guilhem et K. Schrenk, *Daumier. L'oeuvre litographique*, 2 tomes, éd. A. Hubschmid, Paris, 1978, 680 et 607 p. ; Philippe Roberts-Jones, *De Daumier à Lautrec : essai sur l'histoire de la caricature française entre 1860 et 1890*, Paris : Les Beaux-arts, 1960, 193 p. ; Ségolène Le Men, *Daumier et la caricature*, Paris : Citadelles & Mazenod, 2008, 239 p.

49 F. Saint-Guilhem et K. Schrenk, *Daumier. L'oeuvre litographique*, Tome 1, éd. A. Hubschmid, Paris, 1978, p. 465



pas moins orphelin ; je me rassure, toutefois, messieurs, car la justice a toujours les yeux ouverts sur toutes les coupables menées ! »<sup>50</sup>

Indifférent à la misère humaine, l'homme de loi aurait une fâcheuse tendance à l'égocentrisme.

Sur cette image, l'avocat, bien qu'il ait perdu sa cause, bombe le torse, fier de sa plaidoirie, tandis que la veuve et l'orphelin témoignent leur désarroi par leur silhouette courbée. Il leur signifie « Vous avez perdu votre procès c'est vrai ...mais vous avez dû éprouver bien du plaisir à m'entendre plaider »<sup>51</sup>.



### 3-Les jurés

Au vu de la position sociale des magistrats, issus de la haute bourgeoisie, on pourrait penser que les jurés seraient plus représentatifs de la diversité sociale. Or, en réalité les jurés appartiennent toujours à la classe des nantis. Affublés systématiquement du qualificatif de « potiron » dans le *Père Peinard*, le juré est souvent représenté comme un petit bonhomme peureux ou morose qui défendra envers et contre tout l'ordre et la propriété. Les caricatures reprennent souvent l'image popularisée par Tarde d'un jury d'assises « galant et propriétaire » complaisant à l'égard du crime passionnel, mais inflexible devant toute atteinte au portefeuille<sup>52</sup>.

170



Dessin de deux jurés lors de la célèbre affaire Humbert-Crawford<sup>53</sup>

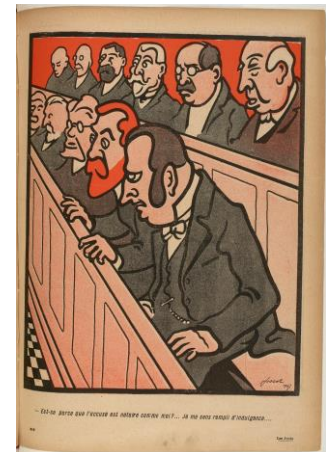
50 F. Saint-Guilhem et K. Schrenk, *ibid*, p. 443

51 F. Saint-Guilhem et K. Schrenk, *ibid*, p. 467.

52 Vivien Bouhey, « Le discours sur le vol dans la presse anarchiste de 1880 à 1914 », *Au voleur ! Images et représentation du vol dans la France contemporaine*, (sous la dir. de Frédéric Chauvaud et Arnaud-Dominique Houte), Paris, Publications de la Sorbonne, 2014, p. 229-242. Pour une analyse statistique de la délinquance et des taux de condamnations et d'acquittement selon la nature des délits, voir l'article de Michelle Perrot, « Délinquance et système pénitentiaire en France au XIX<sup>e</sup> siècle », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 30, n°1, 1975. pp. 67-91. Elle met en exergue la sévérité des jurys envers toutes les formes de délits contre la propriété.

53 Sur cette affaire, voir 2<sup>e</sup> partie. Dessin de Dorville, extrait de *L'Écho de Paris*, 19 août 1903.

« Est-ce parce que l'accusé est notaire comme moi ? Je me sens rempli d'indulgence »<sup>54</sup>



Les caricatures insistent souvent sur la trop grande puissance conférée par ce titre. Ces jurés-notables, trop peu représentatifs du peuple, aux yeux des caricaturistes, seraient donc inaptes à exercer cette charge.



« Ça doit tout de même causer une petite émotion de voter la mort : je vais me payer ça »<sup>55</sup>.

171

Notons qu'à cette époque, les jurés ne peuvent se prononcer que sur la culpabilité. Ce n'est qu'en 1941 qu'ils seront associés aux magistrats pour se prononcer sur le quantum de la sanction<sup>56</sup>.

Toutefois, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, les jurés ont favorisé la disparition progressive des exécutions, en usant considérablement du pouvoir d'abaisser les sanctions grâce aux circonstances atténuantes introduites par la loi du 28 avril 1832<sup>57</sup>

<sup>54</sup> *L'Assiette au beurre* a consacré le 9 novembre 1907, un numéro entier aux jurés : « Les jurés ». Le dessin est de Jossot.

<sup>55</sup> *L'Assiette au Beurre*, 9 novembre 1907. Dessin de Jossot.

<sup>56</sup> Décret-loi du 25 novembre 1941 (*JORF* du 12 décembre 1941, page 5355)

<sup>57</sup> *Loi du 28 avril 1832. Loi contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle*. Cette loi attribue au jury le pouvoir de déclarer s'il existe des circonstances atténuantes eu égard à l'impression qu'a produite sur eux l'ensemble des débats. Une loi du 25 juin 1824 avait reconnu ce pouvoir aux juges d'assises, mais elle paraissait trop restrictive. La liberté d'appréciation du jury est complète et vise à moduler la peine dans le sens de la clémence. Une fois les circonstances atténuantes

créée dans le but d'en finir avec les acquittements scandaleux<sup>58</sup>, également nommés « assises de grâce »<sup>59</sup>. En mettant à profit ce pouvoir d' « arbitrage »<sup>60</sup> qui leur est confié, les jurés participent en fait à la mise en place de l'individualisation de la sanction. En faisant un usage plus circonspect des lourdes peines et en manifestant une grande prudence sur la question de la preuve, les jurés du XIX<sup>e</sup> siècle ont œuvré dans le sens d'un adoucissement de la répression pénale.

En conséquence, les cours d'assises et la justice criminelle de cette époque, ne semblent pas, comme semblent l'affirmer ces dessins, capricieuses, corrompues et perverses par le sentiment de classe des jurés.

#### 4-Les justiciables

Dans certains dessins, la topographie des lieux symbolise la distance qui sépare les juges du peuple. Pour cela, les artistes jouent sur la perspective : en attirant l'œil du lecteur sur la posture du justiciable, le dessinateur l'amène à ressentir lui-même l'isolement du prévenu face à la Cour qui le domine. Confronté à ses juges, l'homme du peuple se sent en quelque sorte infantilisé. Cette mise en perspective, utilisant la position d'humilité du justiciable devant lever la tête vers les juges qui « siègent haut », accentue ce double effet d'abaissement et d'élévation.

Ce dessin évoque donc d'abord la distance mise entre les juges et les individus qui se présentent devant la Cour. Mais, la légende suggère aussi une forme de dépersonnalisation du justiciable. Le président, du haut de sa tribune, s'adresse au témoin : « Fille... une telle ... »<sup>61</sup>.



Dans nombre de caricatures, l'idée d'une justice réservée aux initiés est souvent illustrée. Pour les justiciables, en effet, le langage de la procédure s'apparente à un jargon, le vocabulaire employé dans les jugements ou les arrêts est souvent inintelligible pour le profane. À cet égard, les débats, sources de malentendus et de

---

admisses par le jury, il appartient à la Cour de fixer précisément la peine en descendant d'un ou deux degrés. (J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 448). Des discussions agitées ont eu lieu autour du vote de cette loi. En effet, les pénalistes Adolphe Chauveau et Faustin Hélie estimaient que cela conférait au jury un pouvoir trop grand et potentiellement dangereux. Dans leur argumentaire, ils précisait notamment qu'en agissant ainsi, « la loi abdique sa puissance ; le législateur se dépouille du droit de résoudre cette haute question sociale » et finalement « c'est entre les mains des citoyens eux-mêmes qu'il dépose le glaive du bourreau ». (Adolphe Chauveau, Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, Tome I, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1872, p. 106-108.)

58 Eu égard à la sévérité des peines, les jurés préféraient acquitter des coupables évidents plutôt que de les condamner à un châtiment qu'ils estimaient excessif. Cet exemple met en lumière l'écart parfois important qui peut exister entre les normes juridiques et la pratique judiciaire.

59 B. Garnot, *Histoire de la justice, XV<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 592

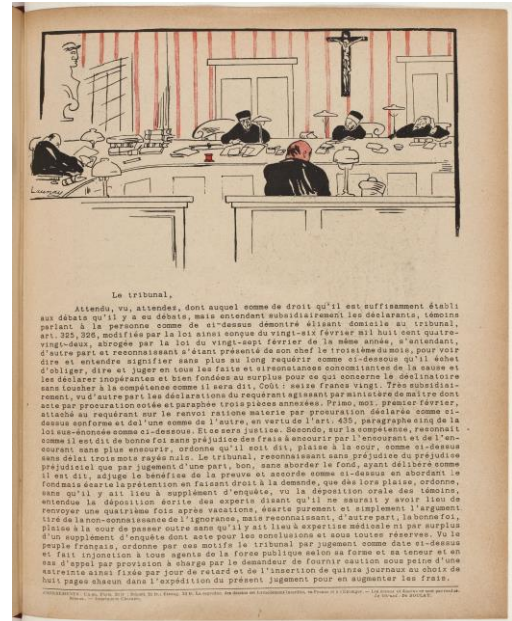
60 J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 452

61 *L'Assiette au Beurre*, 8 août 1903, dessin de Willette.

quiproquos sont très révélateurs des décalages culturels au sein de la société<sup>62</sup>. Les caricaturistes suggèrent ainsi que les hommes de loi se réfugient volontairement derrière un vocabulaire compliqué. Ainsi l'accusé ne peut pas se battre à armes égales avec eux s'il ne possède pas ce même vocabulaire. Son avocat parle pour lui ; l'accusé est ainsi réduit à l'impuissance. Finalement, la vérité importe peu, tout n'est qu'assaut d'éloquence entre gens du métier<sup>63</sup>.

Ci-contre, un arrêt, inventé de toute pièce et volontairement absurde, destiné à illustrer la complexité et l'inintelligibilité du propos, le caractère inaccessible du droit pour le justiciable.

« Attendu, vu, attendez, dont auquel comme de droit qu'il est suffisamment établi aux débats qu'il y a eu débats, mais entendant subsidiairement les déclarants, témoins parlant à la personne comme de ci-dessus démontré élisant domicile au tribunal, ... »<sup>64</sup>



Dans la grande majorité des caricatures, les plaideurs apparaissent passifs et sont généralement caricaturés avec moins de haine que les gens de justice. Les dessinateurs de *L'Assiette au beurre*, se montrent en effet moins subversifs envers la société délinquante, par compassion peut-être pour ces misérables, ces déshérités décrits avec talent dans les récits des poètes populistes Rictus, Richepin et Bruant<sup>65</sup>.

Les prostituées par exemple, bénéficient dans ces dessins d'un éclairage bienveillant ; aussi tristes que vulgaires, elles sont représentées comme les victimes de

62 F. Chauvaud et S. Vernois, « Croquis, dessins et caricatures... », *op. cit.*, p. 19.

63 Dixmier, *op. cit.*, p. 74.

64 *L'Assiette au beurre*, n° intitulé « L'appareil », 29 août 1903, dessin de Launay.

65 Pour Jean Rictus (1867-1933), soulignons deux recueils de poèmes, sublimes : *Les soliloques du pauvre*, 1895 et ... *Le cœur populaire*, 1914. Pour Richepin (1849-1926), *La Chanson des Gueux*, recueil de poèmes de 1876. Et pour Bruant (1851-1925), poète et chansonnier, *Dans la rue* (1889-1895). Parmi les illustrateurs de ces ouvrages, on retrouve notamment Steinlen et Willette, deux des collaborateurs réguliers de *L'Assiette au beurre*, qui ont mis leur crayon au service de la plume des poètes. Rictus a lui-même légendé certains dessins de cette revue en 1903. Ces auteurs qui ont construit leurs œuvres autour de la pauvreté se placent en défenseurs des humiliés, des persécutés, des hors-la-loi, de tous ces « traîne-misère » en somme à qui ils donnent la parole. À la même période, apparaît dans une certaine littérature l'image du bon vagabond et du gueux condamné injustement à l'errance (Mirbeau, « Le petit mendiant », *Contes cruels*, éd. 1990 ; Venet, *Guillaume le réfractaire*, 1876 ; Assolant, *Le plus hardi des gueux*, 1878 ; Fourès, *La Gueuserie : coureurs de grands chemins et batteurs de pavé*, 1889). Sur la littérature en faveur du pauvre : Jean-François Wagniard, « Le poète et l'anarchiste : du côté de la pauvreté errante à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 101, 2007, p. 31-49.



la société. Mais, pour autant, la revue condamne sans appel certains actes de délinquance (elle présente notamment l'Apache<sup>66</sup> comme une crapule sans excuse).

De manière plus générale, un accusé peut aussi, et sur un plan davantage politique, incarner la résistance face au système en place. Ainsi, le prévenu anarchiste est le porte-parole de l'aspiration des opprimés à une autre forme de justice, la justice sociale<sup>67</sup>.

Dans le dessin ci-contre, Jossot privilégie la retenue à la violence. Le visage de l'accusé, entre dignité et lassitude, incite à l'indulgence du lecteur qui peut facilement s'identifier à cet homme du peuple, miséreux, famélique, ou du moins compatir à son sort. À l'inverse, les juges sont représentés sans personnalité, leurs visages inexpressifs, contrastent avec celui de l'accusé. Le talent de Jossot s'exprime à merveille à travers cette caricature dans laquelle il oriente littéralement le lecteur vers le sens qu'il veut lui donner. Puis apparaît la légende, comme une sentence religieuse<sup>68</sup> mais qui peut également contenir un sens à la fois moral et politique.



«- Il est écrit "Tu ne tueras pas" - Mon président, il est aussi écrit « Ne jugez point ! »<sup>69</sup>

Pour un exemple de délinquance précise, voyons la représentation du voleur<sup>70</sup>. Le sujet fait partie du répertoire de la caricature de mœurs. Le vol, considéré comme un acte légitime de reprise auquel se résout le miséreux pour survivre, est alors envisagé davantage dans un contexte social que moral.

L'image du mouvement de foule déclenché par un petit larcin comme le vol à la tire ou à l'étalage est un thème assez courant de la caricature du voleur<sup>71</sup>. Parfois, sans

66 Le terme « Apache », lancé dès l'été 1900 pour désigner les jeunes voyous de la capitale, est ensuite étendu à tous les délinquants juvéniles. Sur ce sujet, voir : Michelle Perrot, *Les ombres de l'Histoire. Crime et châtiement au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Flammarion, 2001, p. 351-364 ; Dominique Kalifa, « Archéologie de l'Apachisme. Les représentations des Peaux-Rouges dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, numéro 4, 2002, p. 19-37 ; Jean-Claude Farcy, « Violence juvénile à Paris au temps des Apaches. Fin XIX<sup>e</sup> siècle – début XX<sup>e</sup> siècle », Xavier De Weirt, Xavier Rousseaux (sous la dir. de), *Violences juvéniles urbaines en Europe. Histoire d'une construction sociale*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2011, p. 97-122.

67 F. Chauvaud et S. Vernois, « Croquis, dessins et caricatures... », *op. cit.*, p. 33

68 Sur l'interdiction de juger, référence à Matthieu 7:1 « Ne jugez point afin que vous ne soyez point jugés » et Luc 6:37 « Ne juges point, et vous ne serez point jugés ; ne condamnez point et vous ne serez point condamnés ; absolvez et vous serez absous ».

69 *L'Assiette au beurre*, 2 janvier 1904, dessin de Jossot.

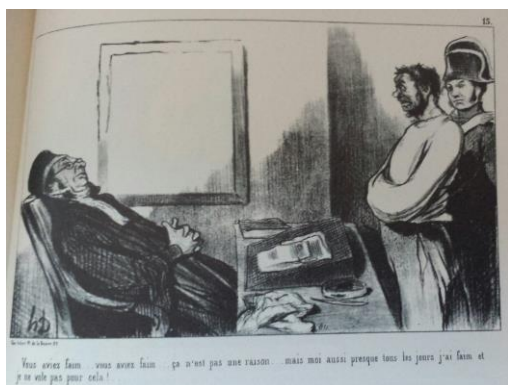
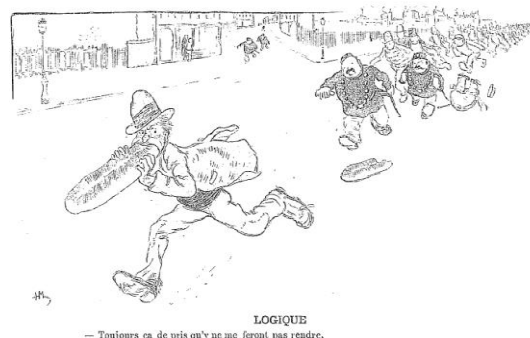
70 Voir notamment S. Vernois « Un grand jeu de société : le vol et les voleurs dans les dessins de quelques périodiques humoristiques français à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle », *Au voleur ! op.cit.*, p. 33-46 ; V. Bouhey, « Le discours sur le vol dans la presse anarchiste de 1880 à 1914 », *ibid.*, p. 229-242.

71 Voir par exemple, *Le Rire*, 22 mars 1913.



pour autant justifier le vol, le dessinateur se plaît à rappeler que nécessité fait parfois loi, comme l'image de ce jeune garçon chapardant un pain pour manger.

« Toujours ça de pris qu'y ne me feront pas rendre »<sup>72</sup>



Dans le dessin ci-contre, le juge replet, installé confortablement, est opposé à l'accusé debout, hirsute, marqué par l'indigence.

« Vous aviez faim ... vous aviez faim, ça n'est pas une raison ... mais moi aussi presque tous les jours j'ai faim et je ne vole pas pour cela ! »<sup>73</sup>

On comprend aisément le cynisme de la scène et l'on pense bien sûr à la mansuétude du juge Magnaud quelques années plus tard à l'égard d'un vol similaire.

Malgré leur apparente indulgence envers le délinquant voleur, les caricaturistes dénoncent cependant volontiers les riches escrocs qui trompent leurs concitoyens et le laxisme des juges à l'égard de la délinquance d'affaire. À cet égard, les professions liées à l'argent et l'État percepteur n'échappent pas aux critiques<sup>74</sup>.

## B- La faiblesse du système judiciaire

La charnière entre le XIX<sup>e</sup> siècle et le XX<sup>e</sup> siècle est une période riche de changements pour le monde judiciaire. Alors que la loi du 30 août 1883 tente de masquer ses visées épuratoires par une réorganisation judiciaire en profondeur<sup>75</sup>, la question du mode de recrutement des magistrats est plusieurs fois mise en discussion<sup>76</sup>, preuve d'un système inadapté à l'évolution des mentalités.

<sup>72</sup> *Le Pêle-Mêle*, 25 novembre 1900.

<sup>73</sup> F. Saint-Guilhem et K. Schrenk, *op. cit.*, p. 447.

<sup>74</sup> *Le Charivari*, 6 mai 1907, « Impôt sur les rentes ».

<sup>75</sup> Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire. Ce texte comprend deux volets : des dispositions techniques qui touchent au classement des tribunaux et à la rémunération des magistrats, et l'institution d'un régime disciplinaire autour d'une institution inédite : le Conseil supérieur de la magistrature.

<sup>76</sup> Le mode de recrutement alors en vigueur est vivement critiqué (on dénonce particulièrement l'abus des recommandations) et le concours apparaît comme le seul mode susceptible de retenir les candidats les plus capables. L'idée du concours, déjà proposée en 1835 (par le professeur Foucart), est abandonnée

Mais 1883 marque aussi, dans la magistrature, le début de la crise de recrutement. Les épurations à répétition<sup>77</sup> et la neutralité partisane exigée des magistrats<sup>78</sup> ont achevé de discréditer la justice qui apparaît, encore plus que par le passé, comme un instrument au service de l'État. La magistrature, si fière de son indépendance avant la Révolution, tend à devenir une auxiliaire du pouvoir politique<sup>79</sup> et la République combattante des années 1899-1905 va considérablement accentuer la politisation du corps.

À travers plusieurs thèmes, les caricaturistes prononcent un véritable réquisitoire artistique contre l'institution judiciaire.

## **1 - Respect de la présomption d'innocence, secret de l'instruction et administration de la preuve**

Les dessinateurs se plaisent à dénoncer une véritable dérive du système de la présomption d'innocence et du système de preuve. La plupart des journaux étant de tendance anarchiste, l'on comprend mieux le nombre important de dessins exprimant cette violation flagrante du principe de la présomption d'innocence concernant les prévenus anarchistes et le délit d'opinion.

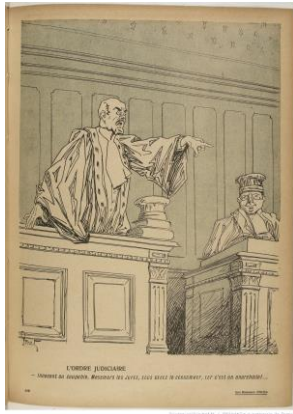
---

puis relancée en 1875 (arrêté du 10 octobre 1875 et décret du 2 mai 1876). Mais dès l'arrivée au pouvoir des opportunistes, le concours est supprimé. En 1895, la proposition du ministre de la Justice Trarieux échoue et il faudra attendre le décret Sarrien (18 août 1906) pour qu'un concours d'entrée et un tableau d'avancement soit institué. Mais ce décret est un écran de fumée, n'offrant qu'un poste de juge suppléant non rétribué. Le décret du 18 février 1908 remplace le concours par un simple examen professionnel (la méritocratie s'efface au profit de l'antique système des recommandations et le Garde des Sceaux retrouve une grande partie de ses anciennes prérogatives). Il faudra attendre 1958 pour le voir réintroduit dans la pratique. (J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *op. cit.*, p. 717-725 ; Jacques Poumarède, « L'élection des juges en débat sous la Troisième République », *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine* (sous la dir. de J. Krynen), Paris, PUF, 1999, p. 113-136 ; Jean-Pierre Machelon, « L'épuration républicaine : la loi du 30 août 1883 », colloque « L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire », Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992, *Histoire de la Justice*, 1993, n° 6, p. 87-101).

77 Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, les magistrats ont été victimes des épurations lors de chaque changement de régime politique. Le but de ces épurations était d'exclure de la magistrature les serviteurs zélés du régime précédent et surtout de conforter le nouveau régime en place. Pour la période épuratoire entre 1879 et 1883, Jean-Pierre Royer parle d'une véritable « révolution judiciaire ». Voir notamment : J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *op. cit.*, p. 673-703 ; J.-P. Royer, R. Martinage, P. Lecocq, *Juges et notables au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, p. 359-369 ; Pour un exemple local : V. Bernaudeau, « L'Anjou, la République et ses juges : l'épuration du corps judiciaire, entre réaction de légitime défense et instrument de consolidation du régime (1883) », *Criminocorpus*, revue hypermédia, Varia, (<http://criminocorpus.revues.org/328>).

78 L'article 14 de la loi de 1883 interdit toute délibération politique au corps judiciaire. Le 28 octobre 1900, Waldeck-Rousseau, lors d'un discours tenu à Toulouse, rappellera à tous les fonctionnaires, magistrats compris, leur obligation de dévouement, de neutralité et de collaboration pour faire triompher la République.

79 B. Garnot, *op. cit.*, p. 307.

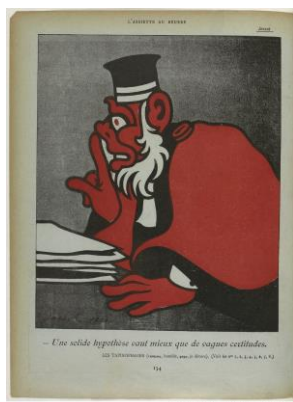


« Innocent ou coupable, Messieurs les jurés, vous devez le condamner car c'est un anarchiste ! »<sup>80</sup>

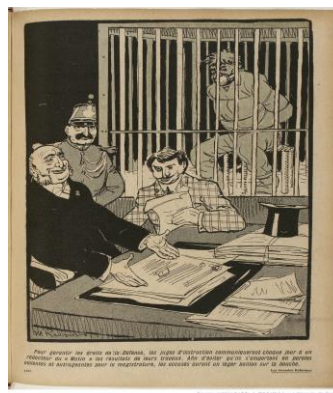
« Qu'importe à Monsieur le juge l'innocence en fait si l'accusé est coupable en droit »<sup>81</sup>.



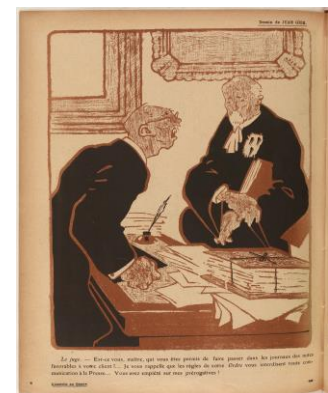
Les dessinateurs dénoncent aussi le fonctionnement du système des preuves et l'inapplication des droits de la défense.



1



2



3

Dans le dessin n°1, un magistrat affirme : « Une solide hypothèse vaut mieux que de vagues certitudes »<sup>82</sup>.

Sur la planche n°2, le juge d'instruction affirme : « Pour garantir les droits de la Défense, les juges d'instruction communiqueront chaque jour à un rédacteur du *Matin* les résultats de leurs travaux. Afin d'éviter qu'ils s'emportent en paroles violentes et outrageantes pour la magistrature, les accusés auront un léger bâillon sur la bouche »<sup>83</sup>

Sur le dessin n°3 le juge, visiblement agacé, réprimande l'avocat : « Est-ce vous, maître, qui vous êtes permis de faire passer dans les journaux des notes favorables à votre client ? ... Je vous rappelle que les règles de votre Ordre vous interdisent toute communication à la Presse ... Vous avez empiété sur mes prérogatives ! »<sup>84</sup>

La question de la communication entre les médias (la presse) et la justice fait ici clairement débat. Et la violation du secret de l'instruction est dénoncée avec vigueur par les caricaturistes comme en témoigne également ce dessin.

80 L'Assiette au Beurre, 14 septembre 1907, dessin de Paul Poncet.

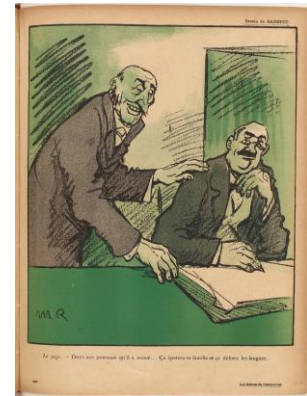
81 L'Assiette au Beurre, 20 juin 1901, dessin de Jossot.

82 L'Assiette au Beurre, 30 mai 1901, dessin de Jossot.

83 L'Assiette au Beurre, 17 novembre 1906, dessin de Radiguet.

84 L'Assiette au Beurre, 26 septembre 1908 « Les gaietés de l'instruction », dessin de Juan Gris.

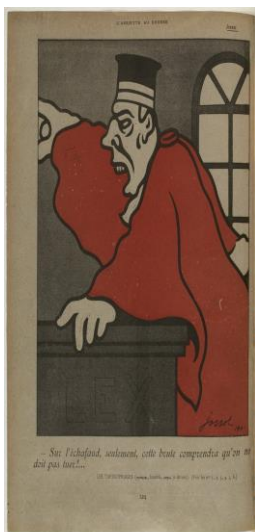
« Dites aux journaux qu'il a avoué... ça épatera sa famille et ça déliera les langues »<sup>85</sup>.



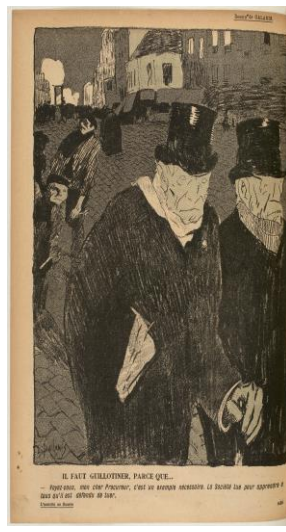
## 2- Critique des peines et abolitionnisme

À en juger par les dessins, les magistrats semblent attachés à l'exemplarité de la peine et semblent animés par la seule volonté de « frapper du glaive de la loi »<sup>86</sup>.

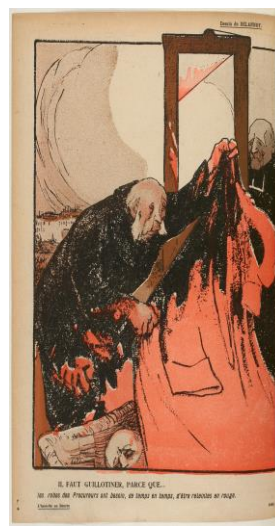
En même temps qu'a lieu aux États-Unis la première exécution par l'électricité<sup>87</sup>, la France connaît un important mouvement abolitionniste. Dans les journaux, les images incitent à s'interroger sur les enjeux et sur le sens à donner à la punition. Les dessinateurs de *La Caricature*, du *Rire*, de *L'Assiette au beurre* et du *Canard sauvage* ont maintes fois dénoncé l'exécution capitale. Le dessin s'apparente alors à une sorte de cri en faveur de l'abolition.



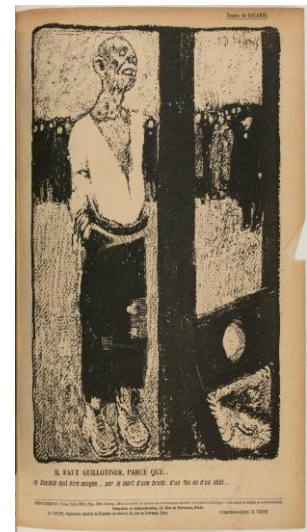
1



2



3



4

Dessin n° 1 : le magistrat, appuyé sur un pupitre où est inscrit le mot « lex » pointe un doigt vengeur et lance : « Sur l'échafaud seulement cette brute comprendra qu'on ne doit pas tuer »<sup>88</sup>. Le 9 mars 1907, *L'Assiette au beurre* consacre un numéro entier à « La peine de mort », dans lequel, sous forme ironique, les dessins et légendes au ton austère, expliquent au lecteur pourquoi il ne faut pas supprimer la peine de mort.

Dessin n° 2 : « Il faut guillotiner parce que : - Voyez-vous mon cher procureur, c'est un

<sup>85</sup> *L'Assiette au Beurre*, 26 septembre 1908 « Les gaités de l'instruction », dessin de Radiguet.

<sup>86</sup> F. Chauvaud et S. Vernois, « Croquis, dessins et caricatures... », *op. cit.*, p. 25.

<sup>87</sup> *Le petit parisien*, supplément illustré, 17 août 1890.

<sup>88</sup> *L'Assiette au Beurre*, 16 mai 1901, dessin de Jossot.

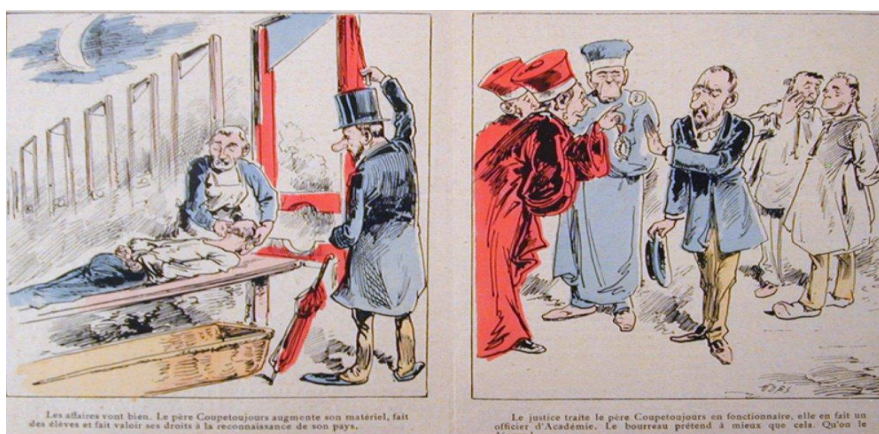


exemple nécessaire. La Société tue pour apprendre à tous qu'il est défendu de tuer »

Dessin n°3 « Il faut guillotiner parce que : les robes des procureurs ont besoin, de temps en temps, d'être reteintes en rouge »

Dessin n°4 : « Il faut guillotiner parce que : la Société doit être vengée par la mort d'une brute, d'un fou, ou d'un idiot »

De même, les honneurs rendus au bourreau sont vivement dénoncés par les journaux satiriques. Depuis 1870, il n'y a plus qu'un seul exécuter dans le pays, et les exécutions se font de plus en plus rares ce qui contribue à modifier l'image du bourreau. Même si la répulsion populaire à l'égard de l'exécuter des hautes œuvres persiste, celui-ci entretient des rapports particuliers avec l'élite judiciaire ; il est de plus en plus perçu comme un fonctionnaire respectable. En 1840 déjà, Félix Pyat soulignait la différence entre le bourreau de l'Ancien Régime, et celui du XIX<sup>e</sup> siècle : « L'exécuter est aujourd'hui [...] un citoyen ressemblant aux autres, ayant la mine électorale de la tête aux pieds. Ce n'est plus l'être exceptionnel, isolé, séparé de tous par son costume, son titre et son état ; c'est un fonctionnaire public, qui tient à la société, qui a sa place dans la hiérarchie judiciaire, qui boit, mange, digère, dort et porte un habit noir comme le procureur du roi. »<sup>89</sup>



« Les affaires vont bien. Le Père Coupe toujours augmente son matériel, fait des élèves et fait valoir ses droits à la reconnaissance de son pays. La justice traite le Père Coupe toujours en fonctionnaire, elle en fait un officier d'Académie. Le bourreau prétend à mieux que cela. Qu'on le décore ! »<sup>90</sup>

Le dessin ci-dessous, intitulé « À bas la peine de mort »<sup>91</sup>, représente une scène d'exécution : on peut voir le condamné tirant la langue, le cheval lorgnant sur le panier rempli de son, le bourreau hésitant à lâcher la corde, attendant l'ordre d'un

<sup>89</sup> *Les Français peints par eux-mêmes : Encyclopédie morale du dix-neuvième siècle*, Notice « Le Bourreau », par Félix Pyat, Tome troisième, Paris, L. Curmer éditeur, 1840-1842.

<sup>90</sup> Gravures du journal *Le Pili*, 31 juillet 1892, dessin de Uzès : *Le Père Coupe toujours* (Archives de la préfecture de police de Paris, DB/142). En 1899, Anatole Deibler succède à son père, Louis Deibler, au poste d'exécuter en chef des arrêts criminels de France.

<sup>91</sup> *Journal des Gones de Lyon*, 31 mai 1879, Chignol et Gnafron (Archives de la préfecture de police de Paris, DB/616)

magistrat porteur du texte de l'arrêt... L'auteur accentue la charge en se concentrant sur la guillotine sur laquelle figure l'inscription « à qui le tour » à l'instant où elle va accomplir son œuvre de mort.



*Le Canard sauvage* est également partisan de l'abolitionnisme : ci-contre, le dessin d'un criminel entouré de ses juges et bourreaux, suivi d'un article « Le condamné à mort », précisant en conclusion : « Il faudrait que ceux qui condamnent assistent à la mort du condamné. Le bourreau lui-même est pâle. Jugeront-ils leur action si vous ne la leur faites pas toucher du doigt ».<sup>92</sup>



La grande presse nationale de droite a quant à elle largement animé la campagne contre l'abolition de la peine de mort. À l'automne 1907, le Président Fallières gracie Albert Soleilland, auteur d'un crime sexuel épouvantable<sup>93</sup>, et c'est alors la France qui se lève contre l'abolition. L'Assemblée statuera sur la peine capitale l'année suivante<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> *Canard Sauvage*, n° 5, 18-24 avril 1903.

<sup>93</sup> Sur cette affaire, voir : Dominique Kalifa, *L'Encre et la sang. Récits de crimes et société à la Belle Époque*, Fayard, 1995, 352 p. ; Jean-Marc Berlière, *Le Crime de Soleilland (1907). Les Journalistes et l'assassin*, Paris, Tallandier, 2003, 240 p.

<sup>94</sup> Sur cette question, consulter : Jean-Claude Farcy, avec la collaboration de Marc Renneville, « Le débat de 1908 », *Criminocorpus*. Permalien : <https://criminocorpus.org/fr/ref/25/17387/> ; « Abolir la peine de mort. Le débat parlementaire de 1908 ». Notes de Gilles Candar, *Bulletin de la Société d'études jaurésiennes*, 1992, n° 126, 140 p. ; Julie Le Quang Sang, « L'abolition de la peine de mort en France : le rendez-vous manqué de 1906-1908 », *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, Vol. 6, n°1, 2002, p. 57-83 ; J. Le Quang Sang, *La loi et le bourreau : la peine de mort en débats (1870-1985)*, Paris, L'Harmattan, 2001, 266 p.

8 décembre 1908 : rejet du projet de loi portant abolition de la peine de mort. *Le Petit Parisien* ironise par ce dessin sur « la crainte du châtiment »<sup>95</sup>.



La peine de mort est donc maintenue au nom de l'exemplarité et de la rétribution et l'on poursuit dans l'idée que « la condamnation publique, symbole de l'expiation, a pour le corps social une valeur rédemptrice »<sup>96</sup>.

### 3- Justice à la solde du pouvoir

La caricature intitulée « Mauvaises références »<sup>97</sup> est un dessin de Willette. La planche réunit 9 dessins présentant un résumé concis de 6 des 7 régimes politiques que la France a connus en un siècle<sup>98</sup>. Willette représente une justice asservie qui cire littéralement les bottes de Napoléon Ier, de Louis XVIII, de Charles X et de Napoléon III ainsi que les chaussures de Louis-Philippe et d'un pasteur protestant, Bible en main. Chacun est assorti d'un signe qui fonctionne comme un attribut souvent sarcastique : Napoléon par exemple, brandit la main de justice des rois de France, et Charles X (dont l'opinion brocardait la piété intransigeante alors que sa jeunesse avait été émaillée par tant d'extravagances), le cierge du pénitent.

La justice est ainsi présentée comme le larbin des autorités successives, tout juste bonne à cirer les bottes : c'est d'ailleurs le titre de la planche « cette bonne à tout faire a servi dans les plus mauvaises maisons », presque redondant par rapport à l'image déjà très éloquente.

<sup>95</sup> *Le Petit Journal*. Supplément illustré, 27 décembre 1908.

<sup>96</sup> F. Chauvaud et S. Vernois, « Croquis, dessins et caricatures... », *op. cit.*, p. 33

<sup>97</sup> *L'Assiette au Beurre*, 8 août 1903. Ce dessin de Willette sera repris en 1955 par *Le Canard enchaîné* et intitulé « la magistrature couchée » pour tourner en dérision le Parquet (magistrature debout) et le Siège (magistrature assise).

<sup>98</sup> Il a toutefois omis la Deuxième République. Pour l'explication, se reporter à : Annie Duprat, *Images et histoire : outils et méthodes d'analyse des documents iconographiques*, Paris, Belin, 2007, p. 148-149.





Une deuxième caricature représente également la dépendance de la magistrature à l'égard du pouvoir politique. La légende précise : « Après avoir été royaliste, orléaniste, opportuniste, boulangiste, nationaliste, la magistrature, pour garder le bon renom de gardienne des lois et le soutien des gouvernements, deviendra radicale-socialiste »<sup>99</sup>.



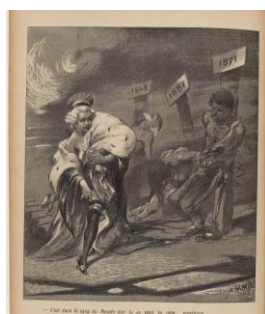
Pour illustrer cette idée de justice versatile, inféodée au pouvoir, l'allégorie de la magistrature détournée en prostituée est souvent utilisée<sup>100</sup>. La revue fait rarement dans la demi-mesure lorsqu'elle traite de la justice asservie. Les dessinateurs emploient volontiers un ton plus vindicatif, plus sévère qui contraste avec des sujets « plus légers ». Quand la justice elle-même s'avilit, la caricature assure donc son rôle et le lui fait sévèrement remarquer.

<sup>99</sup> *L'Assiette au Beurre*, 17 novembre 1906, dessin de Radiguet.

<sup>100</sup> Notons que ce discours n'est pas utilisé uniquement par les caricaturistes. En 1883, lors des débats parlementaires (sur la future loi du 30 août 1883), le député Madier de Montjau, célèbre pour ses discours véhéments contre les congrégations, s'en prend à la magistrature conservatrice qu'il compare à « une femme inconstante, de mauvaise vie, on la voit [...] emprisonner le soir ses amis du matin, trahir ses devoirs, magistrature adultère qui se donne à tous les passants, ne se refuse à personne [...] », *J.O., Débats parlementaires, Chambre des députés*, 1883, p. 1164 et suiv.



« C'est dans le sang du peuple que tu as teint ta robe... prostituée »<sup>101</sup>.



Les différentes épurations de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ont largement contribué à alimenter la légende noire d'une justice inféodée au pouvoir. Les caricaturistes n'ont pas hésité à dénoncer ce trait parfois à juste titre, mais cette image mérite cependant d'être relativisée. En 1880 en effet, on a vu des magistrats résister en corps aux ordres du pouvoir politique. Lorsque sont promulgués les décrets anti-congréganistes<sup>102</sup>, nombre de magistrats catholiques prennent fait et cause pour les religieux expulsés, et préfèrent abandonner leur carrière et leurs ambitions professionnelles au nom de leurs convictions. Ce phénomène d'auto-épuration laisse entrevoir un léger sursaut d'indépendance d'une magistrature qui ne serait peut-être finalement pas si soumise au pouvoir politique que ces dessins le laissent entendre<sup>103</sup>.

#### 4 - Connivence des institutions

Outre le thème de la justice asservie, un autre thème de prédilection des journaux satiriques est celui de la connivence des institutions. Armée, religion et justice formeraient ainsi une sorte de triumvirat institutionnel pour dominer les faibles.

183

---

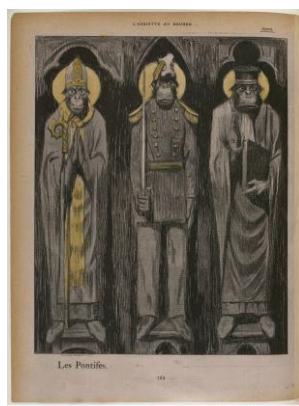
101 *L'Assiette au Beurre*, 8 août 1903, dessin de Willette. Trois dates apparaissent sur ce dessin. **1848**, en référence aux journées révolutionnaires des 22 au 25 février : le peuple de Paris, à la suite d'une fusillade, se soulève à nouveau et parvient à prendre le contrôle de la capitale (350 morts, 500 blessés dans la répression). **1851**, le 2 décembre Louis-Napoléon Bonaparte proclame l'Empire, et le 4 décembre la résistance républicaine est écrasée à Paris (300 morts). **1871**, les pertes des communards, longtemps estimées à 20 000, ont été réévaluées à 10 000 par Robert Tombs, dans *La Guerre contre Paris* (1871).

102 Décrets du 29 mars 1880 (*J.O.*, 30 mars 1880, p. 673-674). Le premier décret vise exclusivement la Compagnie de Jésus qui dispose d'un délai de trois mois à compter du 29 mars pour se dissoudre et évacuer tous les établissements. Le second décret vise toutes les autres congrégations non autorisées. Il leur est prescrit, dans le même délai de 3 mois, d'accomplir les diligences nécessaires pour l'obtention de la reconnaissance légale.

103 Relativisons toutefois la portée de cette audace puisqu'à l'évidence, et eu égard à la haine affichée par les républicains contre toute forme d'hostilité au nouveau régime, le gouvernement n'aurait pas permis à ces magistrats de rester en fonction. Leur retrait volontaire en 1880 (ce que Jean-Pierre Royer a qualifié de « suicide collectif ») leur aura simplement évité le déshonneur de se voir exclure de la magistrature en 1883.



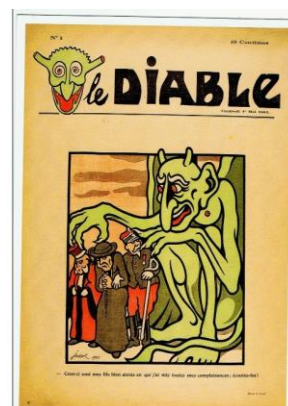
1



2



3



4

Dessin n° 1 : représentation de l'alliance armée-religion-justice par les chapeaux respectifs de chaque institution sur un même portant « Credo... au mystère de la Trinité »<sup>104</sup>.

Dessin n° 2 : intitulé « Les Pontifes »<sup>105</sup>. Représentation singeant le triumvirat.

Dessin n° 3 : « En dehors de nous, du clergé et de l'armée, je ne vois guère que des inutiles »<sup>106</sup>.

Dessin n° 4 : extrait du journal *Le Diable*, représentant un diable qui étend sa main griffue sur un officier, un prêtre et un magistrat. Parodiant Esaïe (XLII,1) et les Evangiles (Matthieu, XII, 18 ; Marc, I, 11), le dessinateur Jossot lui fait dire « Ceux-ci sont mes fils bien-aimés en qui j'ai mis toutes mes complaisances ; écoutez- les ! »<sup>107</sup>

184

## 5- L'opposition des deux justices

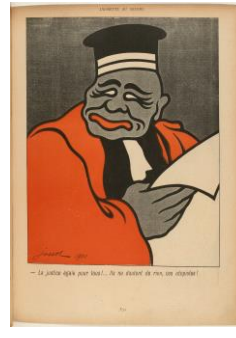
Ce thème de la justice à deux vitesses (pour les pauvres et pour les riches) est un leitmotiv dans les caricatures engagées. La représentation d'une justice au service des classes possédantes apparaît donc dans de nombreux dessins.



1



2



3



4

104 *L'Assiette au Beurre*, 14 mai 1904, dessin de Jossot.

105 *L'Assiette au Beurre*, 6 juin 1901, dessin de Joue.

106 *L'Assiette au Beurre*, 12 septembre 1901, dessin de Jossot.

107 *Le Diable*, 1<sup>er</sup> mai 1903. Cet hebdomadaire, qui publie aussi des dessins de Jossot, n'a pas eu grand succès : seuls 7 numéros ont été publiés.

Dessin n°1 : il dénonce la corruption de ce milieu. « Parent du garde des sceaux, étouffons l'affaire... »<sup>108</sup>.

Dessin n°2 : la même idée est présentée dans cette caricature, où les magistrats en file indienne semblent se réjouir à l'idée suivante : « Tous les fonctionnaires, magistrats, etc, soupçonnés d'avoir été indulgents pour les fraudeurs seront nommés présidents de Chambre à la Cour d'Appel de Paris (Le Palais de Justice va être agrandi pour la création de 200 Chambres nouvelles) »<sup>109</sup>. La dénonciation d'un système judiciaire clément à l'égard de la fraude peut être mise en opposition avec la dénonciation de l'extrême sévérité des châtiments réservés aux plus démunis.

Dessin n°3 : Sous son crayon très caractéristique, Jossot fait dire à un magistrat : « La justice égale pour tous, ils ne doutent de rien ces utopistes »<sup>110</sup>.

Dessin n°4 : « Dura lex pauperibus sed lex »<sup>111</sup>, autrement dit « La loi est dure pour les pauvres, mais c'est la loi ». Dans ce dessin, les magistrats représentés sous une guillotine ensanglantée et des crânes suspendus, semblent faire peu de cas de la notion d'équité.

Ces 4 images soulignent le caractère arbitraire de la justice bourgeoise. Les magistrats sont issus des milieux dominants, ils sont donc portés tout naturellement à garantir l'ordre social qui les favorise. Mais cette présentation globale d'une justice de classe doit cependant être nuancée. Certaines juridictions, notamment les justices de paix, apparaissent davantage comme des lieux de régulation des petits conflits que comme des instruments de domination sociale<sup>112</sup>. Concernant les juridictions pénales, la question se pose de savoir si à crime et délit égal, la justice apporte des réponses différentes en fonction de la position sociale de la victime ou de l'auteur de l'infraction<sup>113</sup>.

## 6 - Mise en scène judiciaire

La justice est perçue comme un spectacle, une mascarade. Dans cette mise en scène judiciaire, la justice est comparée à une véritable loterie. Dans le dessin ci-contre<sup>114</sup>, on note la présence de différents symboles : la balance à l'équilibre incertain repose sur le glaive, sorte d'aiguille destinée à définir, sur la roue judiciaire, la peine

---

108 *L'Assiette au Beurre*, 18 juillet 1901, dessin de Jossot.

109 *L'Assiette au Beurre*, 17 novembre 1906, dessin s.n. (probablement Radiguet).

110 *L'Assiette au Beurre*, 12 septembre 1901, dessin de Jossot. Ce dessin fait partie du numéro célèbre intitulé « Les tapinophages », signifiant « les dévoreurs des humbles ». Sont représentés des magistrats sans état d'âme pour les faibles.

111 *L'Assiette au Beurre*, 20 décembre 1902, dessin de Willette.

112 B. Garnot, *op. cit.*, p. 565.

113 Or, comme le précise Jean-Claude Farcy, « l'étude des décisions judiciaires en fonction de la position sociale des plaideurs reste à faire si l'on veut déterminer de quel côté penche la balance de la justice ». J.-C. Farcy, *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires (1800-1958)*, Paris, C. N. R. S. Éditions, 1992, p. 24. L'hypothèse d'une justice pénale au service des classes dominantes reste donc à établir.

114 *L'Assiette au Beurre*, 30 novembre 1901, dessin de Lucien Métivet.

applicable, variable, selon la chance du condamné « travaux forcés, mort, prison, acquittement ».

Pas de perdant dans ce jeu-là, comme le précise la phrase, cinglante et caustique, inscrite sur le pupitre des juges : « on gagne à tous les coups ».



## II – Une esquisse de la justice pénale à travers l’exemple de quelques procès

Trois affaires pénales, distinctes par leur objet et leur dénouement, constituent ici le support de différentes diatribes prononcées par les caricaturistes contre l'institution judiciaire.

### Procès Thérèse Humbert

186

En 1902 s'achève l'une des plus extraordinaires escroqueries montée en France à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Sous prétexte qu'un jour ils hériteront de la fabuleuse fortune d'un oncle américain imaginaire (Mr Crawford), Thérèse Humbert et sa famille, vont mener, pendant près de vingt ans, une vie fastueuse, grâce aux millions prêtés par des usuriers espérant multiplier leur mise.



Portrait de Thérèse<sup>115</sup>

<sup>115</sup> *L'Echo de Paris*, dessin du 22 août 1908. Ce journal a suivi au jour le jour le procès Humbert (8-22 août 1903) et fournit quelques illustrations.



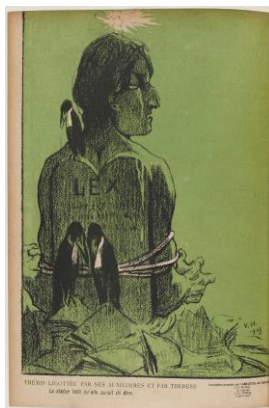
L'affaire commence en 1885 lorsqu'une prénommée Thérèse Daurignac épouse Frédéric Humbert, fils de Gustave Humbert<sup>116</sup>. Aidée de son mari, de sa fille Eve, de sa sœur Marie et de ses frères Émile et Romain Daurignac, Thérèse, en véritable génie de l'imposture, construit au gré des événements un scénario incroyable dans lequel se font piéger plusieurs représentants connus des milieux politiques et financiers.<sup>117</sup>

En août 1903, le procès s'ouvre aux Assises de la Seine. Mythomane et simulatrice accomplie, Thérèse monopolise la parole. Comme le dira son avocat, Maître Labori (qui a été aussi l'avocat de Dreyfus) faute de convaincre les jurés, elle les épate par son assurance. Elle n'en est pas moins déclarée coupable et condamnée ainsi que son mari à 5 ans de réclusion et aux travaux forcés. Deux et trois ans de prison sont prononcés à l'encontre des frères Daurignac tandis que Marie et Eve sont acquittées. Dans toute la France, la découverte de la fraude a suscité l'hilarité. Chansonniers et satiristes s'en donnent à cœur joie pour railler les hommes politiques, banquiers et notaires qui se sont fait escroquer de 60 millions. L'image du « grand monde » parisien s'en trouve considérablement flétrie.

Plusieurs journaux ont relayé l'affaire, et de nombreuses caricatures ont été publiées, raillant souvent ces escroqués un peu trop crédules.



1



2



3

Dessin n° 1 : « - Quels sont vos noms, prénoms ? - Voyons, Monsieur le président ».

116 Gustave Humbert, sénateur puis Garde des Sceaux en 1882.

117 Nadeje Laneyrie-Dagen (sous la dir. de), *Les Grands procès*, Paris, Larousse, 1995, p. 190-191 : La trame de l'histoire est relativement simple : l'américain Crawford, dont Thérèse laisse entendre qu'il est son véritable père lui aurait légué dans son testament notarié des titres et des obligations d'une valeur de 100 millions de francs. Malheureusement, les neveux du défunt, Robert et Henry Crawford, contestent ce testament, et donc provisoirement la famille Humbert ne peut toucher à cet argent enfermé dans un coffre-fort à leur domicile. Très vite, Thérèse demande à des usuriers des avances considérables sur son héritage. La plupart des prêteurs acceptent tout en imposant à l'héritière des taux d'intérêt exorbitants en contrepartie. Thérèse réunit ainsi petit à petit 60 millions de francs. Les Humbert organisent de magnifiques réceptions où sont reçus des hommes politiques comme Casimir-Périer, Freycinet, Deschanel, etc. Tout s'effondre en 1902 lorsqu'un journaliste du quotidien *Le Matin*, Louis Leplet, se livre à une enquête personnelle sur les deux mystérieux neveux Crawford et met à jour l'escroquerie. Les Humbert s'enfuient en Espagne. Le 9 mai 1902, une perquisition à leur domicile est effectuée, et dans le coffre-fort censé contenir la fabuleuse fortune depuis 17 ans, la police trouve : un vieux journal, un bouton et une pièce italienne. Humiliés, tournés en ridicule, les hommes les plus importants de l'État comprennent enfin qu'ils ont été trompés. À la fin de l'année 1902, un accord entre les gouvernements français et espagnol permet l'arrestation des Humbert à Madrid et leur reconduction à la frontière.

Dessin n° 2 : « Themis ligotée par ses auxiliaires et par Thérèse. La statue telle qu'elle aurait dû être ».<sup>118</sup>

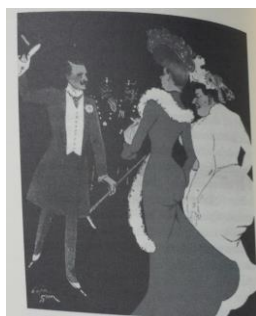
Dessin n° 3 : Maître Labori s'adressant à Thérèse « Si vous parlez tout le temps, qu'est-ce qu'il me restera à dire ? ».

« Le Code de procédure, le vrai coupable, le voilà »<sup>119</sup>



*L'Assiette au beurre* accuse le système d'avoir favorisé une escroquerie pareille. Le journal prononce alors un réquisitoire contre le fonctionnement judiciaire. « S'il y avait eu escroquerie, cette escroquerie n'eut pu avoir lieu que grâce à des documents inexacts, trompeurs, susceptibles d'inspirer une confiance nécessaire, absolue. Eh bien, quels sont ces documents ? Ce sont vos jugements, vos arrêts, rendus depuis 20 ans ; c'est cet amoncellement de décisions qui, toutes, constatent l'existence du testament, l'existence de l'héritage, l'existence des Crawford, etc, qui, toutes, donnent raison à Mme Humbert contre ses adversaires. Ces titres indiscutables revêtus de vos signatures, de l'autorité de la chose jugée, ces titres que personne n'ose et ne peut contester [...] Est-ce que ce n'est pas cela qui, connu, publié et répandu de mille façons, a déterminé les prêteurs : arguments héroïques supprimant toute hésitation ? N'est-ce pas à vous qu'on a fait confiance, à vous seuls, Justice et Loi, à vous grands dispensateurs des vérités authentifiées et proclamées ? »

188



1



2

Dessin n° 1 : représentation de Thérèse avec son élégante sœur cadette, accueillies par le juge déguisé en cabaretier. En-dessous, une légende usant d'un jeu de mots alors en vogue : « Alors Madame Humbert, avez-vous des nouvelles du bon Monsieur Crawford ».<sup>120</sup>

118 *L'Assiette au Beurre* a consacré un numéro entier à cette affaire (n° 124 « Les Humbert », 15 août 1903) ; d'autres caricatures isolées apparaissent également dans des numéros plus généraux.

119 *L'Assiette au Beurre*, 15 août 1903, dessin de Václav Hradecký.

120 Hilary Spurling, *La Grande Thérèse, l'escroquerie du siècle*, Paris, éd. Allia, 2003, p. 68.

Dessin n° 2 : intitulé « Le théâtre du Palais », dans cette caricature, un magistrat aux oreilles d'ânes et aux mains crochues, présente la Troupe des Humbert « Venez voir, la femme unisexe Thérèse, le toupet le plus fort du monde, accompagnée de nain Frédéric, peintre, poète, musicien, etc,etc, de son frère Émile et du beau Romain, dans ses poses plastiques ».<sup>121</sup> Thérèse, représentée comme une femme imposante, tient dans sa main gauche son époux F. Humbert, et dans la droite, les fameuses clés du coffre. Notons également la présence d'un tatouage sur son bras droit, indiquant cyniquement « Vive la France ».

## Procès Loizemant

Autre procès, autre crime : il ne s'agit pas ici de délinquance financière mais de crime de sang. En 1903, Joseph Loizemant, commis principal des contributions indirectes à Ribemont (Aisne) est accusé d'avoir assassiné la femme de son supérieur (Mr Bouquer, receveur des contributions indirectes du même lieu) puis d'avoir volé une forte somme d'argent.

Le juge d'instruction Jourdan, connu pour ses opinions cléricales instruit le dossier à charge<sup>122</sup>. Le procès se tient les 15 et 16 mai 1903<sup>123</sup>. Malgré la plaidoirie convaincante de l'avocat Henri Robert qui met le doigt sur la faiblesse de l'instruction, Loizemant est condamné à mort.

Dans la presse parisienne, les opinions sont divisées : tandis que certains journaux comme *L'Eclair*, ou *Le Matin* applaudissent au verdict, *L'Assiette au beurre* et *Le Canard sauvage* vilipendent le juge Jourdan et crient au scandale. Une campagne de pétition au bénéfice du condamné à mort est lancée. L'affaire se politise, on affirme que parce que l'homme était républicain et franc-maçon, il était coupable aux yeux de Jourdan.



1



2



3

<sup>121</sup> Hilary Spurling, *ibid.*, p. 96.

<sup>122</sup> Jacques Foucart-Borville, qui a consacré une étude à cette affaire, a d'ailleurs tenté de dresser le portrait du juge Jourdan à partir des notes professionnelles rédigées à son sujet. On le décrit comme « nerveux, agressif, il manque d'esprit de suite, embrouille les instructions, trouble les témoins et les indispose, se perd dans les détails, cherche à impressionner au lieu d'entendre ». (Jacques Foucart-Borville, *L'affaire Loizemant*, Amiens, 1990, 27 p.)

<sup>123</sup> Bruno Dehaye, *Les nouvelles affaires criminelles de l'Aisne*, Sayat, éd. De Borée, 2010, p. 37-47.

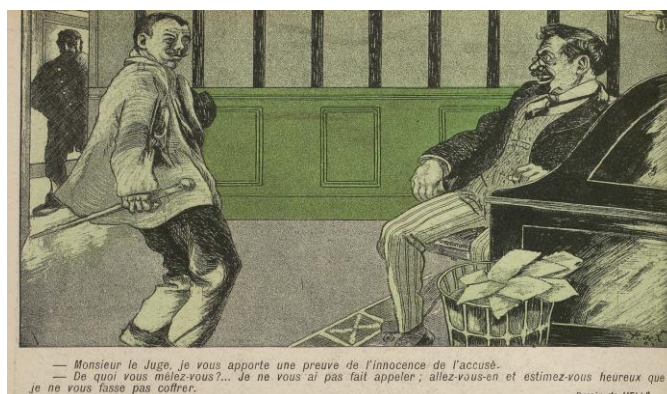


Dessin n° 1 : cette caricature a fait la page de couverture. Le dessinateur Théophile-Alexandre Steinlen représente le magistrat qui a jugé Loizemant, le visage souriant, regardant la tête coupée de l'accusé et déclarant au triste trophée : « Prouvez l'erreur, mon ami. Si je me suis trompé, je ne demande pas mieux que de la reconnaître ».<sup>124</sup>

Dessin n° 2 : représente le bon juge Magnaud, cloué sur la croix de l'erreur judiciaire. La légende indique : « Rêve de M. Jourdan. La revanche de Saint-Quentin et du Parquet d'Amiens sur Château-Thierry ».<sup>125</sup>

Dessin n° 3 : représentation satirique de la scène de crime. Un ecclésiastique montre du doigt la victime et affirme au juge d'instruction venu constater les faits : « Un pareil coup n'a pu être fait que par un républicain »<sup>126</sup>

Dessin n° 4 : « Monsieur le Juge, je vous apporte une preuve de l'innocence de l'accusé. De quoi vous mêlez-vous ? Je ne vous ai pas fait appeler ; allez-vous-en et estimez-vous heureux que je ne vous fasse pas coffrer »<sup>127</sup>



Dessin n° 5 : « Ce serait trop fort de ne rien trouver contre un républicain » dit le juge Jourdan. Insinuation que l'affaire serait politique.



124 *L'Assiette au Beurre*, 19 septembre 1903, dessin de Steinlen (couverture du numéro intitulé « Erreurs judiciaires : l'affaire Loizemant » entièrement consacré à ce procès). À l'intérieur du journal, d'autres dessins viennent appuyer cette charge.

125 *L'Assiette au Beurre*, 19 septembre 1903, dessin de Camara.

126 *Le Canard sauvage*, 20-26 septembre 1903 (n°27), dessin de Iribe. Ce journal satirique a lui aussi consacré un numéro (n°27) entier à l'affaire Loizemant (p. 399 à 410).

127 *L'Assiette au Beurre*, 19 septembre 1903, dessin de Hellé.





Dessin n° 6, les juges hilares déclarent :  
« Allons bon, encore une erreur judiciaire »<sup>128</sup>

6

La campagne d'intervention en faveur de Loizemant (soutien de la Grande Loge de de France, de la Ligue des droits de l'Homme, entre autres) finit par jouer sur les esprits : le 22 juillet 1903, l'avocat de Loizemant est reçu par le président Émile Loubet auquel il présente une pétition de 6250 signatures qui demandent la grâce du condamné. Le 30 juillet, Loubet accorde la grâce. La cour d'appel d'Amiens entérine cette décision le 6 août et la condamnation à mort est commuée en peine de bague à perpétuité. Pour les défenseurs de Loizemant, cela ne suffit pas. Ernest Vallé, le Garde des Sceaux, lui-même convaincu de son innocence propose la remise complète de la peine lors du conseil des ministres. La peine est une fois de plus révisée et Loizemant devra purger 5 ans dans une prison française. Le 21 juillet 1905, une lettre ouverte au Président de la République, inspirée par la Ligue des droits de l'Homme, est publiée dans *Le Matin*. Elle parle du « forçat innocent Loizemant » et est soutenue par diverses personnalités médiatiques. Le 17 novembre 1905, Loizemant est libéré sans pour autant avoir été officiellement innocenté.

191

Pour certains défenseurs de Loizemant, cette affaire est caractéristique des défaillances de la justice. Malgré le manque de preuve quant à la culpabilité de Loizemant, la justice s'est claustrée dans ses convictions premières. Se refusant à reconnaître son innocence, elle fut tout de même contrainte de réviser la peine applicable. Mais, l'honneur de la magistrature ne valant pas la liberté d'un homme, jamais l'innocence de Loizemant n'a été officiellement reconnue.

Cette affaire et les dessins qui s'y rapportent alertent le lecteur sur le scandale d'une justice subvertie, corrompue par la politique. Mais au-delà de cette dénonciation, la multiplication des erreurs judiciaires<sup>129</sup> est également pointée du crayon. Ces erreurs judiciaires effraient et suscitent des réactions passionnées de l'opinion. Ici l'erreur judiciaire devient un instrument de combat idéologique. À travers elle, les caricaturistes soulignent les égarements de certains juges minant la crédibilité de l'institution judiciaire. Ils accentuent également la charge sur l'esprit de

<sup>128</sup> *Le Canard sauvage*, 20-26 septembre 1903 (n°27), dessin de Hermann-Paul.

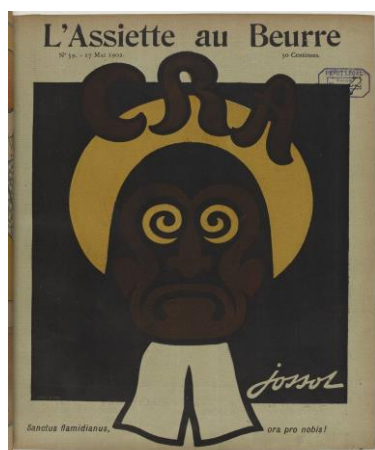
<sup>129</sup> Les chiffres de l'erreur judiciaire sont difficiles à quantifier. De 1810 à 1914, vingt-six erreurs ont été reconnues par la Cour de cassation (dont vingt-trois entre 1895 et 1914), cent cinquante-huit pourvois en révision ayant été déposés pendant cette période. (B. Garnot, *op. cit.*, p. 637).

corps d'une magistrature peu encline à reconnaître ses fautes et réticente à revenir sur la chose jugée<sup>130</sup>.

### Affaire Flamidien : 9 février 1899 - 10 juillet 1899 (non-lieu)

Le 9 février 1899, le jeune Gaston Foveaux est retrouvé étranglé et violé dans le parloir de l'établissement scolaire qu'il fréquente, tenu par les Frères des écoles chrétiennes (externat de Notre-Dame de la Treille)<sup>131</sup>.

Pour le magistrat instructeur (le juge Delale), il ne fait pas de doute que l'assassin appartient à la communauté des Frères. Le soupçon se porte particulièrement sur l'instituteur de la jeune victime, le Frère Flamidien. Ce qui devient alors « l'affaire Flamidien » déchaîne les passions. Le juge d'instruction est sévèrement critiqué dans les milieux catholiques mais trouve, au contraire, de sérieux appuis dans la presse anticléricale.



Dessin n°1 : « Sanctus flamidianus, ora pro nobis »<sup>132</sup>, « Saint Flamidien, prie pour nous ». Pour le dessinateur Jossot, la religion se résume au croassement « Cra » et son visage prend l'apparence d'un masque primitif, référence à la barbarie de la religion chrétienne.<sup>133</sup>

Dessin n°2 : Ici encore c'est le dessinateur Jossot qui caricature le Frère Flamidien<sup>134</sup>. Il est représenté mettant la main sur la bouche d'un élève alors qu'au second plan, on voit passer un agent de police.

Au cours de cette affaire, des manifestants s'en prennent au siège du journal *La Croix*, ainsi qu'à certains édifices religieux de la ville de Lille. L'école Notre-Dame de la Treille est fermée par mesure de prudence.

Le 10 juillet, après 5 mois de détention préventive, un non-lieu est prononcé et Flamidien est remis en liberté, les expertises faites au cours de l'instruction l'ayant

130 C'est pourquoi les grâces seront accordées en plus grand nombre que les réhabilitations.

131 Bernard Schaeffer, *Les grandes affaires criminelles du Nord*, Romagnat, éd. de Borée, 2006, p. 87-92.

132 *L'Assiette au Beurre*, 17 mai 1902, dessin de Jossot.

133 Guillaume Doizy, Jean-Bernard Lalaux, *À bas la calotte ! La caricature anticléricale et la séparation des Églises et de l'État*, Paris, éd. Alternatives, 2005, p. 118

134 Guillaume Doizy, Jean-Bernard Lalaux, *ibid.*, Dessin de Jossot (1903), p. 86.

disculpé. En réponse, les journaux catholiques, les externats, les couvents des jésuites et des dominicains ainsi que le logement du juge d'instruction sont pris pour cibles par les manifestants aux cris de « À bas les frères ! À bas les juges de Douai ! ». Ces derniers sont accusés d'avoir cédé à la pression cléricale. Les journaux satiriques anticléricaux dénoncent alors vivement l'impunité dont bénéficient les criminels ecclésiastiques.

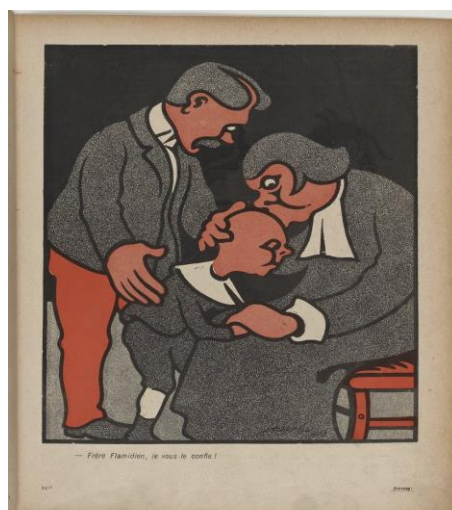


Ci-contre, un dessin intitulé « Le jeu du petit frère »<sup>135</sup>. Un grand prêtre hilare, boucle à l'oreille (à l'époque, symbole de déviance), nez et pieds démesurément allongés traduisant le dérèglement intérieur du curé, introduit une pièce dans le postérieur d'un « amour » ailé et nu, debout sur une machine à sous. Une inscription commente :

« Mettez dans l'ouverture une pièce de dix sous, tirez, et vous aurez une condamnation de cinq ans de prison avec sursis ».

Par ce dessin, le journal dénonce clairement la clémence des juges à l'égard des abus du clergé<sup>136</sup>. La thème de la pédophilie des prêtres devient particulièrement important dans la littérature et la presse anticléricale à partir de 1900. *La Calotte de Marseille* tout comme *La Lanterne* dressent la liste des condamnations, année par année, que relaient certaines affiches grand format collées sur tout le territoire.

Le dessin ci-contre représente un père confiant son enfant à un congréganiste. La légende précise : « Frère Flamidien, je vous le confie »<sup>137</sup>.



En 1904, alors que le non-lieu a été prononcé, la revue, connue pour son anticléricisme militant, reprend le personnage de Flamidien pour dénoncer ces prêtres pervers qui peuplent les écoles. Quoique sans issue judiciaire, l'affaire Flamidien est en fait caractéristique de la manière dont ces crimes singuliers peuvent être exploités. Au-delà de la dénonciation de l'atrocité du crime, les dessinateurs, en réutilisant le thème de la collusion des institutions, dénoncent aussi le cléricisme des juges.

135 Guillaume Doizy, Jean-Bernard Lalaux, *ibid.*, p. 85.

136 Sur cette question-là, voir aussi les dessins de Steinlen du n°137 de *L'Assiette au Beurre*, « Juges et joueurs », 14 novembre 1903. Tandis que le jugeur acquitte les religieux responsables de sévices graves perpétrés sur des enfants, le juge condamne ces mêmes faits et leurs auteurs.

137 *L'Assiette au beurre*, 2 janvier 1904, dessin de Jossot.

Entre la vision de la presse de gauche et la manière dont la justice elle-même se perçoit, l'écart est si grand qu'il nous amène nécessairement à nous interroger sur le sens à donner à ces représentations.

D'une part, et malgré une désacralisation consommée, la justice, nostalgique de son passé, désire se rassurer en se mettant en scène. Architecture majestueuse, discours glorificateurs, rites et tenues d'un autre temps, contribuent à maintenir un semblant de prestige et de sacralité.

D'autre part, les dessinateurs satiriques nous présentent une institution gangrenée par la corruption, la vénalité et le vice, un tribunal temple des privilèges, et des juges agents serviles du pouvoir.

Entre ces deux représentations extrêmes, prudence et nuance paraissent nécessaires afin de restituer sa véritable place à la justice de ce temps.

Au-delà de son caractère répressif, la justice est perçue comme corrompue, prête à se vendre au plus offrant<sup>138</sup>. De même, le thème de la magistrature asservie est largement utilisé et va de pair avec le thème classique de la justice inégalitaire.

L'allégorie de la Thémis, est souvent reprise et détournée par la caricature. Peut-être faut-il comprendre cette charge comme une critique de la perversion de la Thémis par ses propres agents, donc d'une Thémis déshonorée, et présentée finalement comme l'allégorie de l'injustice<sup>139</sup>.

Mais peut-être, peut-on aussi entrevoir une critique de la justice de Thémis pour ce qu'elle est : une justice divine. Cette perception d'une justice d'ordre et d'intransigeance, qui ne recherche pas nécessairement la compréhension des faits<sup>140</sup> ou la réadaptation sociale du condamné, n'est pas en accord avec les revendications du temps. D'un autre côté, on a Dikè, figure protectrice des valeurs humaines, réclamée à travers les cahiers de doléance, mais qui a dû s'effacer sous Bonaparte au profit de Thémis. Cette Dikè presque oubliée, c'est peut-être finalement ce que réclament les contestataires du début du XX<sup>e</sup> siècle. Il s'agirait au fond, selon Werner Jaeger, d'une Dikè, symbole de lutte : « Le sens du mot *thémis* se limite plutôt à l'autorité judiciaire [...] tandis que *dikè* équivaut à la contrainte légale exercée par la justice. Au cours des luttes menées par une classe qui toujours s'était vue dans l'obligation de recevoir la justice comme *thémis* — c'est-à-dire comme une autorité inéluctable et dominatrice — on voit comment le mot de *dikè* devint un cri de guerre [...]. Le mot de *dikè* comportait une autre signification qui le rendit encore plus utile dans ces luttes de classes : il voulait dire égalité »<sup>141</sup>.

Par cette démystification de la figure tutélaire de Thémis, la caricature engagée, comme outil de résistance, exprime ainsi l'aspiration du peuple à une justice plus sociale et plus égalitaire.

---

138 F. Banat-Berger et Y. Ozanam, « Deux regards satiriques sur la justice : *La Caricature* et *Le Canard enchaîné* », *Sociétés et représentations*, n°14 : La vie judiciaire, CREDHESS, 2002, p. 11-32.

139 Dans la mythologie grecque, l'injustice est incarnée par *Adikia*.

140 Si l'on prend l'exemple de Château-Thierry, l'application littérale de la loi aurait conduit à une toute autre décision.

141 Werner Jaeger, *Paideia*, Paris, Gallimard, 1964, p. 137-138.

---

## Presse et justice : qu'en est-il de la présomption d'innocence ?

*Table ronde du 9 juillet 2015  
Propos introductif*

**Caroline GAU-CABEE**

« La publicité est l'âme véritable de la justice. Elle est l'aiguillon le plus pointu pour inciter à l'action et la sauvegarde la plus sûre contre l'inconvenance. Elle assure que le juge lui-même, en jugeant, est jugé<sup>1</sup>. »

Chez Jérémie Bentham, la publicité est érigée en principe de gouvernement et le tribunal de l'opinion en bouclier moral face à l'improbité. L'acte de justice ne peut, selon lui, se concevoir hors de la publicité. Mais la mobilisation du tribunal de l'opinion publique exige de dépasser les murs du prétoire. Aujourd'hui, la publicité de la justice, pénale en particulier, est nécessaire et doit être relayée par les médias, pour garantir la qualité de la justice, sa légitimité démocratique, et pour éduquer le public. Voilà pourquoi, en démocratie, la justice et la presse devraient toujours être complémentaires. Leur binôme est inévitable autant qu'indispensable, mais la relation peut devenir conflictuelle. Pourquoi ? Parce que leurs motivations, leur logique de fonctionnement et surtout les principes qu'elles défendent sont difficiles à concilier.

D'un côté, le principe du procès équitable qui exige, entre autres, le respect de la présomption d'innocence, s'inscrit dans une logique du temps long, voire très long, notamment pour la phase d'enquête et d'instruction qui, justement, est la plus exposée médiatiquement. Or, le temps judiciaire n'est pas compatible avec le temps médiatique. Il l'est d'autant moins que de l'autre côté, le principe de la liberté d'expression et le droit à l'information s'inscrivent dans une logique marchande et concurrentielle de diffusion en continu et en temps réel. A cette diffusion quasi instantanée, s'ajoute un phénomène d'amplification de l'information, sur internet et les réseaux sociaux. Dans une société de la transparence en proie à la boulimie d'information, l'opinion est insatiable, ce qui engendre logiquement une concurrence médiatique féroce et pousse les journalistes à prendre des risques : le risque de

---

<sup>1</sup> "Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself, while trying, under trial." (Jeremy Bentham, « Draught for the Organization of Judicial Establishments, compared with that of the National Assembly, with a Commentary on the same (1793) », *The works of Jeremy Bentham*, vol.4 (Panopticon, Constitution, Colonies, Codification), ed. by John Bowring, Edimbourg, William Tait, 1843, [http://oll.libertyfund.org/titles/1925#Bentham\\_0872-04\\_2609](http://oll.libertyfund.org/titles/1925#Bentham_0872-04_2609))

négliger les droits fondamentaux et de méconnaître en particulier la présomption d'innocence.

La régulation de cet espace « médiatico-judiciaire » doit donc passer par la recherche d'un équilibre entre deux droits fondamentaux concurrents : la liberté d'expression et la présomption d'innocence. La balance des principes, équilibrée dans les textes, ne l'est plus tout à fait devant la Cour européenne des droits de l'homme (I). Paradoxalement, ce riche dispositif ne permet pas une régulation cohérente : force est de constater que l'équilibre dépend largement de l'autodiscipline des différents acteurs, au regard du danger de parler et du danger de se taire. (II)

## I - La balance des principes

La liberté d'expression au service d'une légitime information du citoyen sur les affaires pénales sensibles est reconnue par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (article 11)<sup>2</sup>, la Convention européenne des droits de l'homme (article 10)<sup>3</sup> et bien sûr par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, plusieurs fois modifiée dans le sens d'une pénalisation du droit de la presse qui tend à limiter le droit à l'information.

Dans les textes, le droit à la liberté d'expression et à la diffusion d'informations n'est donc pas un droit absolu. Il tend cependant à le devenir au niveau européen, dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme élabore une jurisprudence qui fait prévaloir le droit à l'information – lorsque celle-ci présente un intérêt public – sur la protection des droits particuliers, alors que le droit français avait plutôt tendance à faire l'inverse. A Strasbourg, la balance des principes n'est pas équilibrée et semble plutôt pencher du côté de la liberté de la presse<sup>4</sup>. Dans son arrêt *Ressiot et autres c/ France*, du 28 juin 2012, la Cour rappelle que « les considérations dont les institutions de la Convention doivent tenir compte pour exercer leur contrôle sur le terrain du paragraphe 2 de l'article 10 font pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société

---

<sup>2</sup> Article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

<sup>3</sup> Article 10 (Liberté d'expression) :

« I. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

II. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

<sup>4</sup> Yves Poirmeur, *Justice et médias*, LGDJ, 2012, p. 123.



démocratique<sup>5</sup> ». L'affaire concerne cinq journalistes accusés de violation du secret de l'instruction et de recel. Afin de découvrir l'origine de fuites relatives à une enquête impliquant des cyclistes soupçonnés de dopage, le juge ordonne des perquisitions dans les locaux des journaux *L'Equipe* et *Le Point*, ainsi qu'aux domiciles de certains journalistes ; perquisitions suivies de saisies de matériel et de la mise sous scellés de listings d'appels téléphoniques. Les cinq journalistes seront relaxés faute de preuves. S'agissant des motifs invoqués par l'autorité judiciaire, la Cour de Strasbourg les juge « pertinents » et néanmoins « insuffisants » pour justifier des perquisitions et saisies d'une telle envergure. Elle en conclut que « les mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention<sup>6</sup>. »

La réforme de la liberté de la presse ne résulte pas des aménagements successifs de la loi de 1881 ; elle se fait aujourd'hui « par intégration jurisprudentielle des principes dégagés par la Cour européenne<sup>7</sup> ». De plus, cette interprétation restrictive des limites à la liberté se double d'une appréciation à géométrie variable lorsqu'il s'agit de protéger la présomption d'innocence.

Le principe de la présomption d'innocence est également consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (article 9)<sup>8</sup>, et la Convention Européenne des droits de l'homme (article 6 §2)<sup>9</sup>. En droit interne, il est protégé par le droit pénal et le droit civil.

Le principe est rappelé dans l'article préliminaire du code de procédure pénale<sup>10</sup>. En revanche, il n'existe aucun délit spécifique dans le code pénal, de sorte que le non-respect de la présomption d'innocence peut être sanctionné au titre de la diffamation en vertu de la loi du 29 juillet 1881 (art 29-1)<sup>11</sup>. Il peut l'être également, depuis la loi du

---

<sup>5</sup> Arrêt *Ressiot et autres c/ France*, 28 juin 2012, devenu définitif le 28 septembre 2012, § 126, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111670>).

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 127.

<sup>7</sup> H. Leclerc (avocat au Barreau de Paris), « Où en est le statut de l'information judiciaire et policière à l'aune des réformes annoncées du code de procédure pénale, du développement des techniques de diffusion et de la jurisprudence de la CEDH ? », *Legicom*, n° 48, 2012/1, p. 42.

<sup>8</sup> Article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

<sup>9</sup> Article 6§2 : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

<sup>10</sup> Article préliminaire du code de procédure pénale, III : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>11</sup> Article 29-1 : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés,



15 juin 2000<sup>12</sup>, sur le fondement de l'article 35 *ter* de la loi de 1881. Il s'agit de sanctionner la diffusion d'images de personnes (identifiées ou identifiables) menottées, entravées ou placées en détention provisoire, sans leur autorisation ; l'article prohibe en outre la réalisation et la diffusion de sondages d'opinion portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause et sur la peine susceptible d'être prononcée<sup>13</sup>.

Depuis 1993, le principe de la présomption d'innocence est inscrit dans le code civil (article 9-1). Cet article prévoit qu'en cas d'atteinte à la présomption d'innocence « le juge peut, même en référé, ordonner l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué sans préjudice de l'action en réparation des dommages subis<sup>14</sup>. » La mise en œuvre de cette disposition n'exclut pas l'application des règles du droit commun : l'article 1382 du code civil (le mépris de la présomption d'innocence constitue une faute civile engageant la responsabilité de son auteur) et l'article 809 du code de procédure civile qui permet au juge des référés de prescrire les mesures qui s'imposent pour faire cesser « un trouble manifestement illicite<sup>15</sup> ». Une atteinte à la présomption d'innocence peut en effet présenter ce caractère et fonder une mesure d'urgence, en dehors même du référé-communicé de l'art 9-1 du code civil.

Si l'on s'en tient à ce dispositif très complet, le droit au respect de la présomption d'innocence semble être un droit absolu. Pourtant, la Convention européenne des droits de l'homme ne place pas tous les justiciables à égalité devant la présomption d'innocence. Dans l'affaire *Brunet, Lecomte, Tanant c/ France*, la Cour reconnaît que « les

---

mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés. »

<sup>12</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

<sup>13</sup> Article 35 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 :

« I - Lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15000 euros d'amende.

II. - Est puni de la même peine le fait :

- soit de réaliser, de publier ou de commenter un sondage d'opinion, ou toute autre consultation, portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre ;
- soit de publier des indications permettant d'avoir accès à des sondages ou consultations visés à l'alinéa précédent. »

<sup>14</sup> Article 9-1 du code civil, modifié par la loi précitée du 15 juin 2000 : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. »

<sup>15</sup> Article 809 du code de procédure civile : « Le président [du tribunal de grande instance] peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »

limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier<sup>16</sup>». Rappelons le contexte. Des journalistes de la presse locale ont été condamnés à des amendes très lourdes après la publication d'un article reprochant à un député d'avoir usé de ses fonctions pour commettre des malversations. La Cour européenne a jugé que leur condamnation n'était pas nécessaire pour protéger la réputation et les droits de cet homme politique. L'article, qui avait pour but d'informer la population locale sur les agissements d'un de ses élus et sur les soupçons qui pesaient sur lui, s'inscrivait « dans un débat d'intérêt général », hypothèse où « l'article 10 exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression<sup>17</sup> ». La présomption d'innocence est ainsi mise en balance avec d'autres considérations qui lui sont étrangères : intérêts de la libre discussion des questions politiques ou débat d'intérêt général. Ce faisant, la Cour contribue à une certaine relativisation de la présomption d'innocence qui, non seulement perturbe sa protection mais engendre de l'insécurité juridique.

Entre liberté d'expression et respect de la présomption d'innocence, les journalistes peuvent-ils s'en remettre à des règles déontologiques précises ? Les chartes syndicales, rédigées en termes très généraux, n'ont qu'une valeur déclarative. *La Charte d'éthique professionnelle des journalistes* élaborée en 1918 puis révisée en 1938 et 2011 pose quelques principes et règles éthiques qui ne sont qu'une déclinaison superficielle du droit de la presse<sup>18</sup>. On en retiendra cependant cette mise en garde : « un journaliste ne confond pas son rôle avec celui du policier ou du juge ». La

<sup>16</sup> « Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. Assurément, le paragraphe 2 de l'article 10 permet de protéger la réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques. » (arrêt *Brunet-Lecomte et Tanant c/ France*, 8 octobre 2009, devenu définitif le 8 janvier 2010, § 53, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-94873>).

<sup>17</sup> « Pour la Cour, cet article, dont le but était essentiellement d'informer la population locale sur les agissements d'un de ses élus, président du conseil de surveillance d'un établissement public, la caisse d'épargne régionale, et sur les soupçons qui pesaient sur lui, s'inscrit dans un débat d'intérêt général de sorte que l'on se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. Elle en déduit que la marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la "nécessité" de la mesure litigieuse était particulièrement restreinte. » (*Ibid.*, § 55).

<sup>18</sup> « Le journalisme ne peut se confondre avec la communication (...) La notion d'urgence ne doit pas l'emporter sur le sérieux de l'enquête et la vérification des sources (...). Le journaliste accomplit tous les actes de sa profession librement, a accès à toutes les sources d'information concernant les faits qui conditionnent la vie publique et voit la protection du secret de ses sources garantie (...). C'est dans ces conditions que le journaliste digne de ce nom :

- respecte la dignité des personnes et la présomption d'innocence
- tient l'accusation sans preuve (...) pour [une] grave dérive professionnelle
- exerce la plus grande vigilance avant de diffuser des informations
- fait en sorte de rectifier rapidement toute information qui se révélerait inexacte
- ne confond pas son rôle avec celui du policier ou du juge » (<http://www.snj.fr/content/charte-d%E2%80%99C3%A9thique-professionnelle-des-journalistes>)

*Déclaration des devoirs et des droits des journalistes* (Munich, 1971<sup>19</sup>) – 10 lignes de préambule et 15 articles – n’apporte rien de plus. Enfin et surtout, il n’y a pas en France d’instance supérieure (conseil supérieur de déontologie journalistique) susceptible d’assurer la cohésion de pratiques extrêmement dispersées. Car dans les faits, la régulation existe mais elle relève de chaque organe de presse qui se dote d’une charte et en assure lui-même la mise en œuvre. Le principe d’une harmonisation avait pourtant été suggéré par la commission d’enquête parlementaire sur l’affaire Outreau, qui proposait que la presse écrite et audiovisuelle dispose d’un code de déontologie<sup>20</sup>, le conseil supérieur de l’audiovisuel n’ayant qu’un rôle marginal dans ce domaine. De manière générale, les journalistes sont plutôt rétifs. Ils refusent la déontologie comme catéchisme, tout en l’acceptant comme règle de conduite propre à chacun, ce qui relève au fond d’un arbitrage de conscience.

La régulation de l’espace « médiatico-judiciaire » existe donc bien dans les textes, mais il s’agit d’un cadre théorique. Or l’opposition entre la liberté d’expression et le respect de la présomption d’innocence posée en termes théoriques est sans issue. Il s’agit par conséquent d’interroger le couple médias-justice dans une perspective pratique, en mobilisant sur ce thème les professionnels concernés, et en confrontant leurs expériences sur les questions qui se posent au cours des différentes phases d’une affaire pénale. Car la régulation de cet espace dépend largement de l’autodiscipline des différents acteurs confrontés à un double danger : celui de parler et celui de se taire.

## II - Du danger de parler et du danger de se taire

200

La première phase, celle de l’enquête et de l’instruction, suscite particulièrement l’intérêt des médias, alors qu’elle est en principe soumise à la règle du secret, ou plus exactement parce qu’elle est soumise à la règle du secret, pierre angulaire de la procédure inquisitoire. C’est l’article 11 du code de procédure pénale : « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel. » Le secret est censé permettre le respect de la présomption d’innocence et l’efficacité des investigations.

---

<sup>19</sup> Le syndicat national des journalistes (SNJ), qui est à l’origine de la création de la Fédération internationale des journalistes (FIJ), en 1926 à Paris, est également l’un des inspirateurs de ce texte qui fut adopté par les syndicats de journalistes des 6 pays membres de la Communauté européenne à Munich les 24 et 25 novembre 1971, puis par la FIJ au Congrès d’Istanbul en 1972. (<http://www.snj.fr/?q=content/d%C3%A9claration-des-devoirs-et-des-droits-des-journalistes>).

<sup>20</sup> « La commission d’enquête propose que la presse aussi bien écrite qu’audiovisuelle dispose d’un code de déontologie. Ce texte de référence élaboré par la profession définirait les "bonnes pratiques" et les règles générales destinées à assurer la qualité et l’honnêteté de l’information dans la presse écrite et audiovisuelle ». (*Rapport fait par Ph. Houillon, au nom de la commission d’enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l’affaire dite d’Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, 2<sup>e</sup> partie : Rétablir la confiance des français dans leur justice, XIII : Responsabiliser les médias, B : Inciter les médias à élaborer un code de déontologie, [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp#P4170\\_1139644](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp#P4170_1139644)).

Ici, l'enjeu et la cause de l'exacerbation des tensions entre justice et médias, c'est le droit d'accès aux informations judiciaires, leur détention et leur publication, alors que le secret ne semble plus vraiment apte à assurer une régulation cohérente de la circulation de l'information. Il soulève d'ailleurs de façon récurrente la question de sa pertinence, de sa portée et de son effectivité.

Comment, dans un tel contexte, les magistrats (procureur, juge d'instruction), les enquêteurs envisagent-ils leur relation avec la presse ? Qu'en est-il de ceux qui ne participent pas à la procédure d'enquête et d'instruction mais qui détiennent des informations : personnes mises en cause, parties civiles ?

La position de l'avocat est à cet égard particulièrement ambiguë. Il ne participe pas à la procédure d'enquête et d'instruction et n'est donc pas tenu au secret en vertu de l'article 11 précité. Il l'est en revanche en vertu d'un décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. L'article 5 dispose que « l'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer des renseignements extraits du dossier, sauf pour l'exercice des droits de la défense ». La rédaction de l'article a été sensiblement modifiée par rapport à la version antérieure (décret du 27 novembre 1991) qui limitait la communication des renseignements extraits du dossier *au client*. En effet s'abstenir de communiquer « sauf à son client pour les besoins de la défense<sup>21</sup> » ou s'abstenir de communiquer « sauf pour l'exercice des droits de la défense », ce n'est pas du tout la même chose puisque la deuxième version ne semble pas exclure la communication à un tiers, donc à la presse.

201

Maître Maisonneuve, avocat au Barreau de Paris, semble confirmer cette interprétation : « Je peux estimer qu'il est de l'intérêt de mon client de m'exprimer à la suite d'accusations multiples dans la presse ou après la communication du procureur de la République<sup>22</sup> ». Sa position n'a pas varié depuis 2005. Interrogé sur ce point le 8 juin 2015 dans le cadre d'une émission télévisée sur la justice, il assume cette défense publique « hors les murs<sup>23</sup> ». « A partir du moment où celui que je défends est mis publiquement en cause, quand bien même il y a une information judiciaire en cours, j'assume et je revendique le droit de le défendre publiquement. La défense pénale doit

---

<sup>21</sup> Décret du 27 novembre 1991(art. 160) : « L'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours ».

<sup>22</sup> Table ronde *Présomption d'innocence et protection de l'efficacité de l'enquête*, « Les divulgations de la police et des magistrats à la presse : quelles garanties pour l'efficacité de l'enquête ? », *Legicom*, n° 33, 2005/1, p. 50

<sup>23</sup> L'expression est empruntée à Serge Guinchard : « Les procès hors les murs », *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à G. cornu*, Paris, 1994, p. 201 et s.

être totale, s'il y a une mise en cause publique je peux faire le choix de défendre la personne sur le terrain public à partir des éléments du dossier<sup>24</sup> ».

L'évolution de la rédaction de cette disposition déontologique est à elle seule révélatrice d'une ambiguïté qu'il fallait lever. Les choses sont-elles plus simples pour autant ? Tout dépend de ce que l'on entend par « l'exercice des droits de la défense ». Que faut-il taire, que faut-il dire, dans quelles circonstances et à qui ? C'est une position bien inconfortable pour l'avocat, funambule du verbe. Elle l'est d'autant plus que le principe de l'immunité de la parole de la défense – reconnu par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881<sup>25</sup> – ne saurait être invoqué lorsque l'avocat s'exprime en dehors du prétoire<sup>26</sup>. Du danger de parler et du danger de se taire...

La formule est d'ailleurs opposable au procureur de la République que la loi autorise pourtant à communiquer. Les « fenêtres de communication » du Parquet existent depuis une circulaire du 27 novembre 1959. Le procureur pouvait, s'il l'estimait nécessaire, « fournir à la presse un communiqué écrit concernant les faits ayant motivé la poursuite<sup>27</sup> ». La loi du 15 juin 2000 a encore assoupli le principe du secret en complétant l'article 11 du code de procédure pénale, qui permet au procureur de « rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ». Il communique désormais par voie de conférence de presse. On peut néanmoins s'interroger sur la technique de communication du Parquet. En effet, comment éviter le glissement des éléments objectifs vers une appréciation sur le bien-fondé des charges dans la mesure où, ayant la maîtrise de l'action publique et évaluant seul l'opportunité des poursuites, il va s'efforcer de les justifier lorsqu'il communique sur l'affaire<sup>28</sup>. Il y a chez les magistrats eux-mêmes quelques difficultés à admettre le « statut de communicant » du Parquet. Alors que « la communication doit émaner de gens qui ne sont pas marqués, pas clivés (...) est-il interdit de dire que le procureur de la République est quelqu'un qui, statutairement, peut recevoir des instructions et est partie à l'affaire ? Est-ce que sa communication peut être ressentie comme la narration de faits objectifs<sup>29</sup> ? ». De plus, cette

<sup>24</sup> Chronique *Le grand décryptage* : « La justice sur le banc des accusés » (<http://www.itele.fr/chroniques/grand-decryptage-olivier-galzi/affaires-la-justice-sur-le-banc-des-accuses-127003>)

<sup>25</sup> Article 41, loi du 29 juillet 1881 : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux. »

<sup>26</sup> J.-Y. Leborgne (avocat au Barreau de Paris, ancien Bâtonnier), « La liberté de parole de l'avocat », *Legicom*, n°48, 2012/1, p. 64.

<sup>27</sup> Circulaire du 27 novembre 1959 modifiant le code de procédure pénale (article C.24), JO du 5 décembre 1959, p. 11620 ([http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19591205&numTexte=&pageDebut=11620&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19591205&numTexte=&pageDebut=11620&pageFin=))

<sup>28</sup> Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 144, note 63.

<sup>29</sup> F. Reygrobellet (conseiller à la cour d'appel de Paris), « La communication des procureurs et la publicité des audiences devant le juge des libertés et la chambre de l'instruction », *Legicom*, n° 48, 2012/1, p. 61.

communication officielle, destinée « à éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes » (article 11) suffit-elle à calmer les ardeurs de la presse et à éviter les dérives ?

La question vise en particulier les journalistes d'investigation qui cherchent par tous moyens à accéder aux informations judiciaires, parfois même grâce à des sources dites « proches de l'enquête », et désormais protégées par le secret des sources<sup>30</sup>. Il existe entre les journalistes d'une part, le Parquet et les enquêteurs d'autre part, une relation « contractuelle » synallagmatique. Ces derniers utilisent la presse à des fins de communication « orientée », et les journalistes sont, dans une certaine mesure, débiteurs de leur source : ils doivent la ménager, épouser sa stratégie, afin d'éviter la rupture du « contrat », ce qui limite leur liberté dans le traitement de l'information. L'écueil de la subjectivité est également inhérent à l'urgence qui s'impose au journaliste. Lorsqu'il restitue des informations, obtenues par exemple auprès des services de police, mais non recoupées, il prend le risque du parti pris en souscrivant – peut-être inconsciemment – à la thèse de la source. Ce n'est plus du journalisme. Certains journalistes le déplorent. « Nous sommes de plus en plus dans une logique de communication plutôt que d'information (...). Nous avons commencé à renoncer un peu à notre métier en passant ces « contrats » avec le procureur, le commissaire ou l'avocat. Si nous allons plus loin dans cette logique, c'est notre âme que nous allons perdre car nous ne serons plus que des communicants<sup>31</sup> ».

Pour illustrer le décalage de plus en plus fréquent entre le contenu de l'information en temps réel au début d'une enquête, et la première conférence de presse du procureur, il suffit de rappeler les événements du 26 juin 2015 en Isère. A partir du moment où nous sommes informés, peu après 10 heures, que l'usine de gaz *Air Products* a fait l'objet d'une attaque, que l'on a découvert une tête plantée sur un grillage et entourée de drapeaux islamistes, chaque heure de la journée apporte son lot d'informations. De sorte que lorsque le procureur de Paris François Molins s'exprime à 19 heures, il se livre à une reconstitution chronologique des faits remarquable et éclairante, mais à partir d'éléments sur lesquels les médias avaient déjà communiqué de manière dispersée. Nous en savions même un peu plus puisque le procureur a tu le

---

<sup>30</sup> Le secret des sources est une revendication traditionnelle des journalistes. La Cour européenne des droits de l'homme l'a consacré en 1996 comme « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse » (arrêt *Godwin c/ Royaume-Uni* du 27 mars 1996). Le législateur français a longtemps été réticent. C'est finalement pour se conformer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qu'il a consacré le principe, introduit à l'article 2 de la loi de 1881 par une loi du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes. « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ». Mais craignant qu'une protection trop étendue du secret des sources ne condamne définitivement le secret de l'instruction et n'entrave les enquêtes sur des crimes graves, le législateur a choisi d'en conditionner la protection par sa mise en balance avec d'autres intérêts. Il ne peut y être porté atteinte « directement ou indirectement (...) que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi ». Enfin, « cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources ». (article 2, loi du 29 juillet 1881).

<sup>31</sup> E. Decouty (Journaliste, *Le Figaro*), Table ronde *Présomption d'innocence et protection de l'efficacité de l'enquête*, « Les divulgations de la police et des magistrats à la presse : quelles garanties pour l'efficacité de l'enquête ? », *Legicom*, n° 33, 2005/1, p. 41-42.

nom de l'individu arrêté sur les lieux, alors que nous l'entendions depuis plusieurs heures dans différents médias.

Au-delà du jeu subtil et hypocrite des fuites et des arrangements informels, se pose dans un second temps pour les journalistes la question de la diffusion de l'information et de sa formulation. Faut-il diffuser ou non une information susceptible de contrarier l'enquête ou l'instruction ? Faut-il, au contraire, favoriser la manifestation de la vérité en révélant une affaire ou en brisant, grâce à la diffusion, certains obstacles qui s'y opposent ? « Dans certains cas l'intervention de la presse permet à l'enquête de se poursuivre. Cela évite des influences politiques et que des enquêtes ne soient enterrées » (affaires politico-financières, contentieux de santé, affaires d'homicides). « La publicité interdit parfois certaines manœuvres très à l'œuvre dans la machine judiciaire<sup>32</sup>. » Faut-il, enfin, prendre le risque, sous la pression de la concurrence, de négliger la présomption d'innocence en optant pour une formulation au mieux erronée (c'est le fameux « voleur, assassin, terroriste présumé »), au pire délibérément transgressive du principe ? Et faire du présumé innocent, peu vendeur, un présumé coupable. C'est tout le problème de la logique de communication lorsqu'elle se substitue au devoir d'information.

De ce point de vue, la question du traitement de l'information par les différents médias et de leur déontologie mérite d'être posée, en distinguant bien journalisme d'investigation et chronique judiciaire. Le journaliste d'investigation travaille sur la première phase de l'affaire, en suivant l'enquête et l'instruction, alors que le chroniqueur judiciaire assure la médiatisation du procès, dans un contexte beaucoup moins tendu entre justice et médias, car les débats sont en principe publics.

204

Cette seconde phase de l'affaire, le procès public, peut néanmoins révéler des discordances entre la réalité des débats et leur restitution médiatique. Ces discordances s'expliquent par une médiatisation incomplète, sélective, formatée par des exigences à la fois légales (interdiction de filmer, photographier, enregistrer les audiences) et rédactionnelles (format limité de la rubrique). La mise en récit, parce qu'elle est amputée, ne peut pas toujours satisfaire aux canons du procès équitable. En effet, bien que le prévenu ou l'accusé voie sa situation s'améliorer au regard de la présomption d'innocence, grâce au déploiement public de sa défense, le risque d'un dérapage subsiste.

La présomption d'innocence peut être fragilisée par une surreprésentation des victimes dans les comptes rendus de débats judiciaires, en particulier lorsqu'elles s'expriment devant les caméras. La victime a en effet besoin d'un coupable à condamner et ses propos expriment nécessairement ce désir de vengeance, qui oriente le compte rendu. L'opinion publique sera d'autant plus perméable à cette présomption de culpabilité que le principe du procès équitable n'existe pas « hors les murs ». C'est précisément là que l'avocat de la défense peut décider d'entrer en scène pour tenter de rétablir l'équilibre, en prenant à son tour la parole sur les marches du palais.

---

<sup>32</sup> A. Thoraval (Journaliste, *Libération*), *ibid.*, p. 40-41.



Parfois les médias ne se contentent pas de rendre compte, ils orientent les débats ; l'atteinte est alors plus directe. Dans une affaire récente (dite du « Carlton de Lille ») mettant en cause Dominique Strauss Kahn, nous avons assisté à une véritable tentative d'accaparement de la décision judiciaire par certains médias. Les journalistes n'ont pas hésité, dès l'ouverture du procès, à gloser exclusivement sur les charges qui pesaient sur le célèbre prévenu, préparant l'opinion à une décision de condamnation et allant même parfois jusqu'à spéculer sur la peine. Lorsqu'à l'issue d'un tel acharnement médiatique, l'affaire se termine par une décision de relaxe, celle-ci n'est évidemment pas comprise par l'opinion. Aussi, les journalistes doivent-ils largement diffuser la décision rendue et faire œuvre de pédagogie parce que « l'innocence établie mérite autant d'espace rédactionnel que la culpabilité supposée<sup>33</sup> ». Un tel dévoiement de l'information peut avoir des conséquences redoutables sur l'individu et sur la justice. L'individu, un temps mis en cause puis reconnu innocent va rester au mieux suspect, au pire coupable aux yeux de l'opinion. La justice, enfin, perd toute crédibilité alors même que cette forme de publicité devrait au contraire renforcer sa légitimité.

Indépendamment du récit, la mise en image peut également porter atteinte à la présomption d'innocence. Rappelons que l'article 38<sup>ter</sup> de la loi du 29 juillet 1881 interdit pendant l'audience « l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image », ce qui n'exclut pas l'utilisation de crayons ou de pinceaux. Le dessinateur d'audience est donc le seul à pouvoir rendre compte en images du déroulement du procès. Mais cette liberté du trait semble être soumise à une limite : le droit à l'image des justiciables, au nom du respect de la dignité et de la présomption d'innocence. En novembre 2010, devant la cour d'assises spéciale de Paris<sup>34</sup>, le président qui exerce la police de l'audience, a imposé aux dessinateurs les options suivantes : quitter la salle ou ne pas représenter les accusés qui refusaient d'être dessinés. Après l'exclusion de l'un des leurs, plusieurs journalistes et dessinateurs ont quitté l'audience. En 2011, devant la cour d'appel de Paris, un des prévenus demande que l'on efface de l'image certains éléments du contexte, comme la présence d'un gendarme à ses côtés<sup>35</sup>. Ces représentations pouvant être perçues comme attentatoires à leur dignité et à leur présomption d'innocence, les accusés et prévenus ont fait valoir leur droit à l'image. La presse judiciaire s'est émue de subir une telle censure. Après l'incident de 2010, le président de l'Association de la presse judiciaire, Stéphane Durand-Souffland, avait adressé une « protestation solennelle » au premier président de la cour d'appel de Paris, puis une lettre au Garde des Sceaux. Cette démarche n'a vraisemblablement pas été vaine car l'année suivante, le président de la cour d'appel invite le dessinateur à ne pas représenter le gendarme, tout en indiquant que le droit à l'image n'est pas opposable aux dessinateurs de presse... Au fond, ce n'est pas l'image qui devrait être stigmatisée. Car dès lors que le procès est public, c'est moins la *représentation* d'une réalité

---

<sup>33</sup> Laurent Joffrin, directeur de la rédaction au *Nouvel Observateur* en 1999 (cité par G. Fenech, *Presse-justice : les liaisons dangereuses*, Paris, 2007, p. 132).

<sup>34</sup> Procès de deux responsables de l'ETA en novembre et décembre 2010 : Mikel Albizu Iriarte alias « Antza » et Soledad Iparaguirre Guenechea alias « Anboto ».

<sup>35</sup> Pierre Falcone lors du procès en appel de l'*Angolagate*, en janvier 2011.

institutionnelle que cette réalité qui constitue une atteinte à la dignité et à la présomption d'innocence.

Une fois le procès terminé, c'est son évocation, son commentaire critique qui peut susciter de nouvelles tensions. Il ne s'agit plus alors d'atteinte à la présomption d'innocence, mais d'une remise en cause de la vérité judiciaire et donc, encore une fois, de la crédibilité et de la légitimité de l'institution. En voici une illustration.

Le 8 juin 2015, dans la chronique précitée de la chaîne I-télé, Fabrice Lhomme (journaliste d'investigation au journal *Le Monde*) s'exprime sur la relaxe d'Eric Woerth jugé pour trafic d'influence par le tribunal correctionnel de Bordeaux, dans un volet de l'affaire Bettencourt<sup>36</sup>.

Fabrice Lhomme :

- Vous disiez qu'Eric Woerth a été traîné dans la boue. Ça, c'est des éléments de langage. Ça, c'est ce que dit Eric Woerth. Moi je pense qu'il a pas été traîné dans la boue. Il y a eu des éléments qui étaient graves, des indices graves et concordants qu'il avait commis un délit. Il est normal que la presse en ait rendu compte. Moi, tous les articles que j'ai écrits sur Eric Woerth, je les assume complètement.

Il poursuit :

- D'ailleurs, le jugement, quand on le lit, il est pas si favorable que ça sur le fond. On dit il y a eu des remises d'espèces, elles sont arrivées mais on n'a pas la preuve.

Le journaliste d'I-télé l'interrompt un peu vivement :

- Il a quand même été relaxé !

Fabrice Lhomme :

- Il a été relaxé, je ne le conteste pas mais il n'y avait pas de preuves matérielles. Ce que je veux dire par là c'est qu'on n'a pas traîné quelqu'un dans la boue, comme ça, par hasard<sup>37</sup>. Il y avait des véritables éléments.

L'échange est révélateur : la vérité judiciaire s'efface derrière la vérité du journaliste-juge qui s'évertue à cultiver le doute dans l'esprit de l'opinion.

Avant de laisser la parole aux intervenants, voici en quelques mots, ce que tout cela m'inspire.

D'abord, un secret qui ne lie pas toutes les parties n'est pas un secret. Enfin, tant que la justice n'évoluera pas vers plus de transparence, de publicité et de pédagogie, relayée en cela par les médias, tant que les règles déontologiques seront rejetées par simple confort ou pour préserver l'indépendance d'un corps, nous resterons

---

<sup>36</sup> Cf. *supra* note 24.

<sup>37</sup> Le propos est en contradiction avec ce qui précède : « Moi je pense qu'il a pas été traîné dans la boue. »

spectateurs-otages du grand « cirque médiatico-judiciaire<sup>38</sup> », avant, pendant et après le procès.

---

<sup>38</sup> Titre de l'ouvrage de Daniel Soulez-Larivière, paru aux éditions du Seuil en 1999.

---

## AUTEURS

Olivier DEVAUX, Professeur d'histoire du droit - CTHDIP (E.A. 789) - Université Toulouse 1 Capitole.

Carlos GARRIGA, professeur d'histoire du droit - Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

Caroline GAU-CABEE, Maître de conférences en histoire du droit - CTHDIP (E.A. 789) - Université Toulouse 1 Capitole.

Jean-Louis HALPERIN, Professeur d'histoire du droit - Centre de Théorie et Analyse du droit (UMR 7074) - Ecole Normale Supérieure.

Jacques KRYNEN, Professeur d'histoire du droit - CTHDIP (E.A. 789) - Université Toulouse 1 Capitole.

Laurent MACÉ, Maître de conférences HDR en Histoire médiévale, FRAMESPA - Université de Toulouse II-Jean Jaurès.

Wanda MASTOR, Professeur de droit - IRDEIC-Centre de droit comparé (E.A. 4211) - Université Toulouse 1 Capitole.

Horatia MUIR WATT, Professeur de droit, Ecole de droit, Sciences po, Paris.

Mathieu SOULA, Professeur d'histoire du droit à l'Université de Reims.

Romy SUTRA, Doctorante en histoire du droit - CTHDIP (E.A. 789) - Université Toulouse 1 Capitole.

Marine VIGNERON, Doctorante en histoire du droit - CTHDIP (E.A. 789) - Université Toulouse 1 Capitole.

Barbara VILLEZ, Professeur à l'Université Paris 8 - IHEJ, Irisso-LCP (UMR 7170) CNRS.

---

## TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....	p. 4
Présentation.....	p. 5
Jacques Krynen, L'incoercible gouvernement des juges. Sur l'intérêt d'étudier la magistrature dans la longue durée historique.....	p. 8
Jean-Louis Halpérin, La force de la jurisprudence et le pouvoir des juges en Europe au XIX <sup>e</sup> et au XX <sup>e</sup> siècle : les apports de la comparaison dans le temps.....	p. 17
Horatia Muir-Watt, Culture juridique et globalisation : question de perspective.....	p. 28
Mathieu Soula, Représentation(s) et Justice(s). L'exemple du bandeau de <i>Domitia Justitia</i> : XV <sup>e</sup> – XVIII <sup>e</sup> siècle.....	p. 43
Laurent Macé, Le prince justicier. L'image sigillaire du comte de Toulouse (XII <sup>e</sup> -XIII <sup>e</sup> s.).....	p. 60
Barbara Villez, La construction d'un imaginaire : la télévision, le citoyen et sa justice.....	p. 68
Carlos Garriga, <i>Iudex perfectus</i> . Ordre traditionnel et justice de juges dans l'Europe du <i>ius commune</i> . (Couronne de Castille, XV <sup>e</sup> -XVIII <sup>e</sup> siècle).....	p. 79
Wanda Mastor, La justice, un fonds commun européen ?.....	p. 100
Olivier Devaux, De la beauté du juge. Galerie de portraits de conseillers au parlement de Toulouse.....	p. 110
Marine Vigneron, La représentation de la justice dans les contes de Madame d'Aulnoy.....	p. 139
Romy Sutra, Les vils traits de la justice. Quelques caricatures judiciaires de la fin du XIX <sup>e</sup> s. et du début du XX <sup>e</sup> s.....	p. 156
Caroline Gau-Cabée, Presse et justice : qu'en est-il de la présomption d'innocence ?.....	p. 195
Table des auteurs.....	p. 208
Table des matières.....	p. 209